

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



IMPRUDENCIA PUNIBLE Y ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA

Tesis doctoral

ALFONSO CADAVID QUINTERO

Directores

Prof. Dr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Prof. Dr. JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ

Salamanca

2013

ÍNDICE

ABREVIATURAS	v
INTRODUCCIÓN.....	vii
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS	1
A. FUNDAMENTACIÓN DUAL DEL INJUSTO Y DELITO IMPRUDENTE	8
1. La función de determinación de la norma	11
2. La función de valoración de los efectos de la actuación.....	23
B. EL CONCEPTO DE RIESGO Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL INJUSTO	33
1. Los juicios de peligrosidad y de peligro	36
2. El juicio de peligrosidad y la perspectiva <i>ex ante</i>	38
3. La perspectiva <i>ex ante</i> y la previsibilidad de los efectos de la actuación	40
a. El objeto del juicio de previsibilidad	41
b. La concreción de lo jurídicamente previsible	44
c. Las críticas a la capacidad de rendimiento del concepto de previsibilidad	45
d. El concepto de previsibilidad en la discusión teórica reciente.....	46
4. Las críticas a la asunción de una perspectiva <i>ex ante</i>	48
5. Los efectos de la actuación y la perspectiva <i>ex post</i>	51
C. EL RIESGO PERMITIDO Y EL CONCEPTO DE INJUSTO	52
1. Fundamentos cualitativos de la permisón de determinados riesgos	54
a. Teorías que se asientan en la ponderación de intereses en conflicto a partir de una relación costo- beneficio:	55
b. Teorías que proponen fundamento un plural de la permisón del riesgo	56
c. Teorías que fundamentan la permisón del riesgo en la concurrencia de intereses merecedores de protección diferentes al bien jurídico	57
d. La permisón del riesgo según la configuración social	59
2. El factor cuantitativo y la permisón del riesgo	63
a. Disminución del riesgo	66
b. La elevación del riesgo	69
3. Análisis de las propuestas de legitimación del riesgo.....	69
D. LA RELACIÓN ENTRE RIESGO PERMITIDO Y DEBER DE CUIDADO	73
E. ¿ADECUACIÓN SOCIAL COMO FACTOR DE PERMISIÓN DEL RIESGO?	77
F. SOBRE LA LICITUD DE LA ACTIVIDAD MÉDICA	80
CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS IMPRUDENTES	85
A. EL TIPO OBJETIVO	87
1. La inobservancia del cuidado debido	88
a. El concepto de cuidado.....	90
b. ¿Existe un deber de cuidado interno?	93
c. La determinación de la infracción del deber de cuidado.....	99
i) <i>Las normas de control de riesgos</i>	102
ii) <i>El comportamiento esperado según reglas establecidas en el correspondiente ámbito profesional.</i> <i>La lex artis.</i>	112
a') Valoración científica y valoración jurídica. El problema del error en el tratamiento.....	118
b') El error de diagnóstico	120

iii) <i>El principio de confianza</i>	128
iv) <i>El hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor</i>	136
d. Factores relevantes para la graduación del deber de cuidado en el caso concreto	143
i) <i>Entidad del bien jurídico en riesgo</i>	145
ii) <i>Potencialidad lesiva de la conducta</i>	147
iii) <i>La disponibilidad de recursos</i>	149
iv) <i>¿La calificación del sujeto activo como factor relevante para la graduación de la gravedad de la imprudencia? La imprudencia profesional</i>	152
a') Los planteamientos de las tesis individualizadoras	158
b') La propuesta doctrinal de un modelo diferenciado	161
c') La denominada imprudencia por asunción	165
d') ¿Tratamiento diferenciado de los conocimientos y habilidades?	167
e') Conclusión	168
e) El papel del consentimiento del paciente al tratamiento médico en la determinación de la licitud de éste	170
i) <i>Punto de partida: Consentimiento y concepto de bien jurídico</i>	172
ii) <i>La supuesta indisponibilidad de los bienes jurídicos vida y salud</i>	176
iii) <i>Acción riesgosa y resultado como objetos diversos de aprobación</i>	183
a') La peligrosidad como característica de las actuaciones médicas	185
b') El consentimiento como aquiescencia respecto a la producción del resultado	187
c') La autorización a terceros para que creen o participen en situaciones de riesgo para los bienes jurídicos de quien autoriza	188
iv) <i>La polémica sobre la unidad o la duplicidad de funciones del consentimiento</i>	200
v) <i>El denominado "consentimiento informado" en materia médica</i>	201
a') Condiciones atinentes a la formación de la voluntad	203
b') Otros requisitos en materia de consentimiento	206
c') Requisitos atinentes a la competencia del paciente sobre el riesgo.	213
vi) <i>Concreción de la problemática en algunos supuestos usuales en la práctica médica</i>	215
a') Sin mediar dolo, ni imprudencia de parte del profesional de la salud, se materializa uno de los riesgos que le fue advertido al paciente al brindársele información previa adecuada	215
b') El paciente es sometido a un tratamiento cuyos riesgos inherentes no le son advertidos. El tratamiento cumple su cometido sanador sin que se produzca ningún resultado como consecuencia del riesgo desconocido por el paciente	216
c') El paciente es sometido a un tratamiento con riesgos inherentes que no le son informados y que después se plasman en un resultado lesivo, a pesar de que el mismo se ajustó a la lex artis	219
d') El médico causa una lesión mediante la introducción de un factor de riesgo del que no informó al paciente y que por ello no fue autorizado por él	225
e') El paciente es advertido de los riesgos inherentes al tratamiento aunque se realice de conformidad con las reglas de la lex artis, pero el profesional de la salud transgrede los preceptos de ésta produciéndose un resultado de muerte o de lesiones	226
f') El paciente es sometido a un procedimiento que desaprueba de forma expresa	227
g') El paciente consiente la realización de una actuación claramente infractora de la lex artis de la que en efecto se deriva una lesión para él	229
h') El paciente consiente someterse a una terapia muy agresiva que le produce efectos adversos, sin que se le informe la existencia de tratamientos menos peligrosos que también integran la lex artis médica. El problema de la libertad de terapia	232

i') El paciente consiente la producción de un resultado lesivo para su integridad corporal, por ejemplo la amputación de un órgano, y por causa del procedimiento sufre una lesión atribuible a uno de los riesgos inherentes a éste, del que no fue informado	235
j') El paciente emite un consentimiento viciado por error o por fuerza.....	236
2. La atribución del resultado al injusto.....	237
a. Planteamientos acerca del vínculo normativo entre actuación ilícita y resultado	239
i) <i>La teoría de la causalidad adecuada</i>	239
ii) <i>La teoría del nexo de determinación o de antijuridicidad</i>	243
iii) <i>La teoría del incremento del riesgo</i>	247
iv) <i>La teoría del fin de protección de la norma de conducta</i>	258
b. El vínculo normativo entre acción imprudente y resultado como desarrollo de los fundamentos del sistema.....	266
i) <i>La crítica sobre la imposibilidad de prueba del curso causal hipotético</i>	269
ii) <i>La obligación de observar la norma de cuidado en toda situación de compromiso para el bien jurídico</i>	275
iii) <i>La objeción de que la teoría del nexo de determinación da lugar a absoluciones cuando hay que condenar</i>	277
iv) <i>La subordinación de los cursos causales hipotéticos al fin de protección de la norma</i>	278
c. Conclusión.....	279
d. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos de responsabilidad médica	279
B. EL DENOMINADO TIPO SUBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE	289
1. La discusión sobre la punibilidad de la imprudencia inconsciente	290
a. La reivindicación de la necesidad de conocimiento de los factores de riesgo y de la posible ocurrencia del resultado.....	294
b. La imprudencia y el desconocimiento de la normativa que determina la desaprobación jurídica del riesgo	295
c. La supuesta necesidad de conocimiento de la norma penal y de su vigencia	296
d. Balance de la discusión.....	297
2. La imprudencia consciente: la previsión de las consecuencias de la actuación.....	298
a. Las razones del tratamiento diferenciado de los delitos dolosos e imprudentes	299
b. Los distintos niveles de conocimiento en el dolo y en la imprudencia	303
3. El contar con que el resultado no se produzca como un elemento diferenciador del dolo y la imprudencia	308
4. La desatención de las implicaciones de la propia actuación.....	309
5. Los argumentos referentes a la voluntad como elemento del tipo subjetivo	310
6. Conclusión.....	314
7. El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia sobre responsabilidad médica	314
CAPÍTULO III. DELITO CULPOSO Y PARTICIPACIÓN EN EL HECHO PUNIBLE	317
A. MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS FORMAS DE ATRIBUCIÓN PERSONAL DEL HECHO.....	318
1. El concepto unitario de autor.....	320
2. Concepto extensivo de autor.....	322
3. Teorías restrictivas.....	325
a. La teoría objetivo-formal	325
b. Las teorías objetivo-materiales	327
c. La teoría del dominio del hecho.....	328
d. El delito imprudente como delito de infracción de un deber	330

e. La teoría de la determinación objetiva del hecho	331
4. Evaluación parcial. Concepto de autor y delito imprudente	338
B. LAS INTERVENCIONES PLURALES EN EL HECHO IMPRUDENTE	341
1. La participación imprudente	343
a. La fundamentación del desvalor del injusto de los partícipes	344
b. La discusión sobre la punibilidad de la participación imprudente en el Derecho penal español	346
<i>i) Las exigencias derivadas del principio de legalidad</i>	347
<i>ii) La estructura típica de algunos delitos imprudentes</i>	350
c. Conclusión: relevancia penal o impunidad de la participación imprudente	352
2. La congruencia en el aspecto subjetivo del obrar del autor y del partícipe	355
C. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y TRABAJO EN EQUIPO	358
1. Principios rectores	359
a. El principio de división del trabajo	360
b. El principio de confianza	360
2. Los efectos de la propia imprudencia sobre la responsabilidad de los cointervinientes	364
a. Soluciones doctrinales al caso de riesgo desaprobado inicial generado por un tercero y falla médica ulterior	369
<i>i) El criterio de la gravedad de la imprudencia del médico</i>	369
<i>ii) El criterio de la omisión</i>	371
<i>iii) El criterio de individualización del riesgo que se materializó en el resultado</i>	372
<i>iv) El criterio de la incumbencia conjunta sobre el riesgo</i>	373
<i>v) El criterio de la injerencia</i>	373
b. Análisis particular de los criterios de atribución: comisión u omisión del médico e individualización del riesgo que se realiza en el resultado	374
<i>i) Las fuentes del deber de evitación del resultado por parte del médico</i>	375
<i>ii) La atribución del resultado en la omisión impropia</i>	377
c. Conclusión provisional	379
d. Efectos para la atribución de responsabilidad a los distintos cointervinientes	380
3. Análisis de la solución propuesta en casos derivados de la diferenciación de ámbitos de competencia	384
a. El reparto vertical de funciones	385
<i>i) Reparto vertical de funciones con autonomía de los intervinientes</i>	385
<i>ii) El reparto vertical de funciones sin autonomía de los inferiores</i>	390
<i>iii) La delegación de funciones</i>	393
b. El reparto horizontal de funciones	398
<i>i) Las relaciones entre cirujano y anestesiólogo</i>	398
<i>ii) La remisión de pacientes entre especialistas</i>	403
<i>iii) Las decisiones en juntas médicas</i>	404
c. La responsabilidad penal del personal con funciones administrativas	405
CONCLUSIONES	411
BIBLIOGRAFÍA	415

ABREVIATURAS

<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de derecho penal y ciencias penales</i>
<i>AP</i>	<i>Actualidad penal</i>
AT	Allgemeiner Teil
Arts.	Artículo(s)
BOE	Boletín oficial del Estado
<i>CDJ</i>	<i>Cuadernos de derecho judicial</i>
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (de España).
Comp.	Compilador.
Const.	Constitución.
Coord(s)	Coordinador(es).
CP	Código Penal
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política criminal</i>
Dir(s)	Director(es)
DP	Derecho penal
<i>Dp contemporáneo</i>	<i>Derecho penal contemporáneo</i>
Dr.	Doctor
<i>DS</i>	<i>Derecho y Salud</i>
Ed.	Editor
ed.	edición
<i>EDJ</i>	<i>Estudios de derecho judicial</i>
<i>EPC</i>	<i>Estudios penales y criminológicos</i>
<i>fasc.</i>	<i>Fascículo</i>
LH.	Libro Homenaje
Minist.	Ministerio
<i>NFP</i>	<i>Nuevo Foro Penal</i>
p(p.).	página(s)
PE	Parte especial
PG	Parte general
<i>PJ</i>	<i>Revista del Poder judicial</i>
Prof.	Profesor
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>

<i>RDPC</i>	<i>Revista de Derecho penal y criminología (UNED)</i>
<i>RFDUCM</i>	<i>Revista de la Facultad de derecho de la U. Complutense de Madrid</i>
s(s).	siguiente(s)
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
T.	Tomo
<i>trad.</i>	<i>traductor(a)</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
U.	Universidad
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
v.gr.	<i>verbi gratia</i>
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La evolución teórica del Derecho penal como disciplina científica permite comprobar que la falta de consolidación de unos fundamentos que en determinado momento pudieran darse por aceptados pacíficamente, o que al menos hayan sido valorados por la doctrina mayoritaria como razonables, es una característica casi definitoria de dicha evolución y factor determinante de su progreso. Pero al tiempo, ello implica que la disciplina avance en medio de grandes inseguridades, y que a las críticas hechas a las construcciones jurisprudenciales de alejarse de los avances de los teóricos o científicos de la disciplina pueda replicarse que tal situación obedece a lo escaso de los escenarios en los que la doctrina ofrezca terrenos firmes sobre los cuales avanzar.

En efecto, la dogmática jurídico-penal, entendida como uno de los modelos posibles de ciencia penal, y con seguridad el más extendido en nuestro ámbito de cultura jurídica, presenta en la actualidad soluciones dispares para casi todos los problemas que se le plantean (participación en el delito, tentativa, lesividad de los delitos de peligro, para mencionar solo algunos); situación especialmente perceptible en la actualidad cuando hasta las premisas más fundamentales del sistema son objeto de disenso: en el momento no existe consenso sobre cuál sea la función de la pena, y se discute intensamente sobre el objeto de protección penal, si bienes jurídicos o expectativas normativas; la configuración misma del injusto en función de las capacidades individuales de actuación o de modelos intersubjetivos; o las relaciones entre ontologismo y normativismo, también a manera de ejemplo, son todas cuestiones carentes no solo de tratamiento uniforme, y en esa medida generador de seguridad, sino de consensos sobre los presupuestos incluso, en que hubieran de asentarse. Y de ello se deriva que cuestiones tan básicas y relevantes en la práctica como el papel del resultado, la configuración del dolo y sus límites con la imprudencia, el comienzo de la ejecución típica, o

la atribución de la condición de autor o de partícipe a una persona, reciban respuestas muy dispares.

Por las razones anteriores, cualquier trabajo de dogmática penal, máxime uno que se ocupe de un tema central de la teoría del hecho punible como la imprudencia, supone una toma de postura acerca de los presupuestos del concepto de delito y de la forma como ellos condicionan el carácter delictivo de una conducta.

Al hacer en este escrito ese ejercicio de revisión de los fundamentos, algunas posturas tradicionales se consideraron materialmente más satisfactorias por su congruencia con un programa político criminal respetuoso de las garantías del ciudadano que ha de ser sujeto de enjuiciamiento, que otras avaladas por la doctrina reciente. Así, se asumieron planteamientos como los que vinculan la función del derecho penal a la prevención de delitos mediante el mensaje motivador de la norma y de la imposición de sanciones, los que estructuran el injusto a partir de la lesividad para bienes jurídicos, o los que exigen una vinculación subjetiva, aunque solo fuera potencial, entre el autor y el hecho, opciones de las que se derivan a su vez algunos de los límites más relevantes para la criminalización de comportamientos.

El modelo desarrollado supone además una vinculación inescindible entre las estructuras valorativas y los datos de la realidad que se ha de valorar. Estos últimos, si bien no parecen tener un valor normativo *per se*, sí constituyen un soporte irrenunciable en la formulación de las valoraciones que permiten considerar como delictiva una determinada actuación.

Entendiendo que la imprudencia supone la infracción de las reglas de actuación impuestas en un determinado sector de tráfico jurídico, se la analizó en un área, la del ejercicio de la medicina y demás profesiones sanitarias, que no solo es muy relevante socialmente, sino que ha sido ocasión para múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo Español sobre el tema, que, sin embargo, no ha alcanzado a desarrollar una doctrina jurisprudencial uniforme en este ámbito.

En un momento en el que las demandas de intervención que se formulan al Derecho penal emergen desde escenarios muy distintos, casi siempre en el sentido de adelantar las barreras de protección, hay espacios que han obligado a crear una dogmática acorde a esas nuevas demandas sectoriales. Algo así ha sucedido con el Derecho penal económico, a partir

del cual se han desarrollado algunas reglas de imputación que se han extendido a otras áreas de operancia del Derecho penal; pero en un ámbito como el del ejercicio de la medicina y de las disciplinas afines a ella, pretender la existencia de un Derecho penal médico, con unas estructuras autónomas de imputación, más que impreciso resulta incorrecto, máxime si se tiene en cuenta que los resultados de las fallas de actuación en este ámbito integran el espacio del Derecho penal más tradicional: el de los delitos de homicidio y lesiones personales, por lo que las reglas generales de atribución de responsabilidad penal desarrolladas por la doctrina más tradicional, siguen siendo útiles en este contexto.

Lo que sí es innegable es que el sector social en el que se analice la responsabilidad por imprudencia obliga a relieves determinados problemas, y de ahí, la importancia que se confirió en este escrito a cuestiones como la del consentimiento del paciente, al que sin embargo, por las razones anteriores, y a diferencia de planteamientos recientes de autores muy representativos, no se consideró como el punto de partida de todos los demás problemas jurídico-penales que se suscitan en el contexto de las profesiones de la salud.

Sobre la base de las premisas anteriores, el trabajo se estructuró en tres partes fundamentales: una primera en la que se sentaron las bases teóricas del desarrollo posterior, una segunda dedicada al análisis de la tipicidad imprudente, desde la perspectiva del concepto de injusto personal a que conducía la exposición inicial, y una tercera, separable de la anterior solo a efectos de claridad en la exposición, en la que se analizaron los criterios de atribución personal del resultado típico, lo que llevó a indagar por la estructura de la autoría en materia de imprudencia, por el tratamiento a dispensar a quienes no hubieran de ser considerados autores, y por la atribución del resultado en los casos en que múltiples personas efectúan aportaciones comitivas u omisivas para la producción del resultado.

Lo manifestado en la primera parte de este apartado sobre las incertidumbres que experimenta la ciencia del Derecho penal y la falta de consensos en cuanto a sus fundamentos no impide señalar que la perspectiva que ofrece el concepto de riesgo en el análisis de la responsabilidad penal, difícilmente podría dejarse de lado en la actualidad, pues él ofrece una base razonable para el análisis de los problemas de tipicidad, tanto dolosa como imprudente, objeto de uno de esos pocos consensos mayoritarios que antes se echaban de menos. Dicho concepto sirvió de punto de apoyo no solo para la caracterización de la imprudencia, sino también para la diferenciación de ámbitos de responsabilidad y la delimitación de la imputación a los distintos concurrentes en el hecho.

El interés por analizar las vinculaciones entre doctrina y jurisprudencia llevó a acompañar las elaboraciones teóricas con el análisis de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre los temas que se iban estudiando, lo que permitió vislumbrar la ya mencionada ausencia de un cuerpo teórico definido en la jurisprudencia sobre responsabilidad de los profesionales de la salud en dicha corporación, pero sobre todo, los serios problemas de los juristas para precisar los alcances de las construcciones teóricas frente a los supuestos de hecho cuando se tienen en cuenta las múltiples variables que estos últimos pueden presentar.

El análisis de las elaboraciones doctrinales y de las dificultades de la jurisprudencia en el contexto referido sirve de base y orientación de las líneas siguientes.

Aunque el título sugeriría un análisis limitado a la problemática de lo quirúrgico, el trabajo se extendió en general a los distintos escenarios de la actuación médica, intentando aprovechar la riqueza de los escenarios derivados de los planteamientos de la jurisprudencia en un escenario más amplio que las cirugías.

Este prólogo no puede concluir sin una expresión de gratitud a las instituciones y personas que hicieron posible la realización de la tesis doctoral. Aunque han sido muchos quienes abrieron los espacios para discutir las cuestiones que se tratan en esta tesis, no sería justo omitir una mención específica a la Agencia Española de Cooperación Internacional, que mediante la concesión de una beca posibilitó al autor iniciar los estudios de doctorado en Salamanca. La Universidad de Salamanca y el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, de Freiburg, en momentos distintos, con sus ayudas, posibilitaron al autor estancias de investigación en sus instalaciones que permitieron el avance de la investigación.

Finalmente, al empeño en que el trabajo se terminara de los profesores Berdugo Gómez de la Torre y Serrano-Piedecabras Fernández, sus directores, y de los profesores Fabián Caparrós en España y Velásquez Velásquez en Colombia, se debe que hacerlo se convirtiera en un compromiso profundo, impuesto por el afecto y la amistad hacia quienes solo brindaron al autor muestras de la generosidad y la solidaridad que en ellos son casi proverbiales.

CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS

El Derecho penal es uno de los mecanismos que persigue ordenar la vida en sociedad. La realización de dicha pretensión está condicionada por datos fácticos y por opciones valorativas.

El primero de dichos condicionamientos tiene que ver con su eficacia instrumental, es decir, con la efectividad de los mecanismos mediante los cuales opera, entre los que cabe destacar la amenaza de sanción en caso de que se materialice alguna de las situaciones que la norma pretende evitar: la norma jurídico penal y la amenaza de sanción contenida en ella deben ser idóneas para motivar a los ciudadanos a no comportarse ilícitamente.

Sin embargo, la mencionada pretensión no resulta suficiente para delimitar los contornos de la actuación del Derecho penal, pues éste también está condicionado por unas opciones valorativas, de cuya realización depende su legitimidad axiológica. La pretensión de efectividad debe realizarse dentro del marco de las opciones que determinan dicha forma de legitimidad, pues al Estado no le está permitido hacer frente de cualquier manera, a la realización de hechos punibles por parte de los ciudadanos¹.

Si la operancia del Derecho penal desborda el marco de las opciones valorativas que le sirven de base, de las cuales se deriva de manera inmediata del programa político criminal del

¹ Así por ejemplo, SILVA: “En efecto, quizá ya antes, pero sobre todo –y de modo muy apreciable- a partir del surgimiento del Derecho penal liberal, producto de la Ilustración, el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva y la intervención misma en unas “formas” que cumplen funciones garantísticas y de reducción de las cotas de violencia”, *Aproximación*, p. 182; en sentido similar, WOLTER, “Causas constitucionales de exclusión del tipo”, p. 10.

sistema², devendrá antijurídica. De conformidad con los planteamientos mayoritarios en la actualidad, el sistema de Derecho penal reconoce en las opciones axiológicas en que se asienta, y en las opciones político-criminales del Constituyente y del Legislador, un límite, a la vez que un fundamento de las categorías dogmáticas. La legitimidad de su actuación, e incluso la eficacia misma del mecanismo punitivo han de evaluarse en función de los mencionados referentes³.

Las señaladas opciones metodológicas, junto con las axiológicas fundamentales del sistema jurídico de las cuales dependen, sirven de base a la sistemática del hecho punible, y su puesta en práctica deberá ofrecer unos resultados coherentes desde el punto de vista lógico y satisfactorio en lo material.

Por las razones expuestas, al elaborar un trabajo sobre las estructuras de la responsabilidad penal en determinados ámbitos sociales, no se puede prescindir de la indagación no solo en torno al programa político-criminal diseñado por el Constituyente y el Legislador, sino por las funciones que el Derecho penal está llamado a cumplir en consonancia con dicho programa.

De ese programa político criminal, asentado sobre las opciones valorativas fundantes del ordenamiento jurídico en su conjunto, como el respeto a la dignidad humana, o la proporcionalidad de las intervenciones sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, cabe destacar algunas opciones también básicas, aunque más específicas de lo penal, que son comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y que, con la

² Díez RIPOLLÉS habla de una “racionalidad ética” en la base de los principios de Derecho penal a los que aquí se entiende atado el programa político-criminal del sistema penal en concreto, los cuales “no han de buscarse en lugares remotos, sino que nacen dentro de nuestras sociedades, carecen de referencias externas a nosotros mismos, pues son un destilado de nuestras creencias más profundas, y se originan y modifican en sociedades cultural e históricamente condicionadas, aun cuando en ocasiones sean capaces de trascender concretas culturas y civilizaciones”, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 113.

³ En relación con el conflicto entre prevención y garantías que ha ocupado al Derecho penal del último tiempo, ALCÁCER destaca la importancia de las garantías ciudadanas como mecanismo de control del *ius puniendi* del Estado: “Debe quedar claro que si se pretende una fundamentación sólida y vinculante del respeto a las garantías del individuo y no solo a los intereses de la colectividad, las soluciones de síntesis no son viables.... Debe asumirse el conflicto entre prevención y garantías: ninguna teoría de la prevención general está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal”, “Prevención y garantías”, p. 93.

estructura de principios⁴, inciden de manera directa en la sistemática del hecho punible. De entre ellas, son especialmente importantes las siguientes:

a) *La intervención del Derecho penal es siempre formalizada*, de manera que sin la existencia de normas preexistentes que la prohíban, la actuación de los ciudadanos carecerá de relevancia para el Derecho penal. En el ámbito dogmático, el principio de legalidad, como se le conoce, da lugar a la categoría de la tipicidad.

b) *La intervención penal solo tiene sentido cuando se perturban las condiciones básicas de convivencia ciudadana*. La dañosidad social condiciona la relevancia penal del comportamiento; y en función de ello se estructura la categoría político criminal de la antijuridicidad material o lesividad.

c) *La responsabilidad objetiva o por la mera causación de resultados lesivos está proscrita*; siendo necesario para la atribución de responsabilidad, que el sujeto se haya representado o podido representar los efectos desvalorables de su actuación. En función de ello se desarrolla el principio de responsabilidad subjetiva.

d) *La imputación de responsabilidad exige constatar la posibilidad del ciudadano de ajustar su comportamiento a las exigencias del ordenamiento jurídico en el contexto circunstancial en que obró en el caso concreto*. En relación con ello se fundamenta el principio de culpabilidad.

e) *La finalidad preventiva de otros hechos punibles de las sanciones penales y de las normas que proscriben, bajo amenaza de pena, la realización de determinados comportamientos*.

Como nota al margen cabe señalar que a estos principios político-criminales se les han dado unas denominaciones que no siempre coinciden con los contenidos de las categorías dogmáticas a las que se asignan nombres similares, que pertenecen a un nivel conceptual distinto, objeto de desarrollo ulterior. Así por ejemplo, el principio de lesividad o de antijuridicidad material, no determina el contenido de la categoría dogmática de la antijuridicidad.

⁴ VELÁSQUEZ se refiere a los principios como “verdades fundantes” que “dotan de armonía y coherencia a todo el orden jurídico”, *DP, PG*, 4 ed., p. 61.

Sobre estas opciones valorativas fundamentales, la dogmática penal configura unas estructuras de responsabilidad penal que obedecen a opciones metodológicas de las que derivan también ciertas opciones valorativas de un nivel inferior al de las primeras⁵.

En ese nivel intermedio, la doctrina tradicional ha considerado que la imputación de responsabilidad penal a una persona supone formular un juicio de desvalor sobre el acto y otro sobre el autor⁶. El primero, es el injusto penal, que engloba los juicios de tipicidad y de antijuridicidad, que a su vez dependen de las normas que les sirvan de soporte. El segundo, es el juicio de culpabilidad en el cual se indaga por las condiciones del sujeto que determinaron la realización del injusto.

El injusto debe recoger los elementos que determinan la contrariedad de la actuación con el ordenamiento jurídico, en función de lo que es objeto de prohibición o mandato, y de permisión, pero también del contenido material de lo ilícito. En el último tiempo, y por diversas razones, entre las que cabe destacar las demandas de mayor eficacia instrumental que se vienen dirigiendo al Derecho penal, existe una álgida discusión acerca de los contenidos de cada uno de dichos principios y de sus implicaciones para las instituciones dogmáticas a que ellas dan lugar⁷.

De esa manera, por ejemplo, se discute sobre lo que constituye el objeto de protección del Derecho penal. Y ya que la intervención punitiva supone constatar la dañosidad social del comportamiento, el debate obliga a indagar también por los factores en los que radica dicha

⁵ SILVA demuestra como la teoría del hecho punible se construye en función de opciones valorativas ubicadas en niveles distintos de argumentación, entre los que destaca tres posibles: “1)... el nivel del “ser”; 2)... el del “deber ser” expresado por el Derecho positivo; 3)..., el del “deber ser” no condicionado por Derecho positivo alguno”, *Aproximación*, pp. 194 y ss.

⁶ Por todos, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *DP fundamental I*, 3 ed., p. 412; PORTILLA, Tema 20 III, en ZUGALDÍA (Dir), *DP, PG*, p. 401.

⁷ Así por ejemplo, aunque se considere que del principio de legalidad emerge una de las garantías básicas de los ciudadanos frente al poder punitivo (la de que solo se les pueda sancionar por hechos que hayan sido objeto de previa prohibición), exigencias derivadas de él como la de la determinación de ley previa, o el origen legislativo de las normas penales, han recibido embates de distinta clase, que generan cierta tolerancia con normas relativamente indeterminadas. De igual manera, invocando la “necesidad de agilizar” la persecución de determinados hechos punibles, se posibilita el que normas administrativas, expedidas mediante procedimientos más ágiles que los legislativos, “completen” el círculo de la prohibición.

dañosidad: o bien en la afectación de un bien jurídico; o bien en el cuestionamiento de la vigencia de la norma que prohíbe o impone un determinado comportamiento.

Las críticas a la *capacidad de rendimiento* del concepto de bien jurídico como referente en la determinación de la lesividad social del comportamiento han sido alentadas por consideraciones que apuntan a su falta de concreción, a la evidencia constatada en el último tiempo de su escasa capacidad contentiva del *ius puniendi*, o a sus connotaciones ontológicas, que lo harían incapaz de expresar el sentido de la atribución de carácter punible a una actuación. A la par de la extensión de estas críticas, se han difundido también propuestas, cuyas líneas básicas fueron desarrolladas ya en momentos anteriores de la evolución dogmática, según las cuales el objeto de protección del Derecho penal sería la norma misma, o las expectativas de comportamiento derivadas de ella. Los autores que avalan esta clase de consideraciones destacan, entre otras cosas, su coherencia con la estructura comunicativa de la sociedad y con la naturaleza normativa del Derecho penal⁸.

La pretensión de hacer de la norma el objeto de afectación con la conducta por cuya relevancia penal se indaga, no entra en contradicción con la característica de la legalidad que, como antes se dijera, caracteriza al Derecho penal desarrollado desde la Ilustración; pero limitar a ello el objeto de protección haría perder de vista el referente de dañosidad social que debe darse en la actuación punible. Y esa dañosidad social debe constatararse en relación con la perturbación de las condiciones en que está llamada a desarrollarse la vida en sociedad.

La opción de definir la dañosidad en función de la perturbación de la vigencia de la norma genera el riesgo de hacer del penal un sistema autor referido, carente por ello, a efectos de su legitimación, de referentes y límites externos. Ello podría justificar imputaciones de desconexión del Derecho penal en relación con lo que sucede en la realidad, lo que haría de él un mero ejercicio escolástico de erudición, aunque no por ello intrascendente e inofensivo, dada la radicalidad de su intervención sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos que pudieran verse sometidos a su actuación.

Sin embargo, el sistema tiene una característica y es que así como sus consecuencias empíricas se manifiestan hacia el exterior, de una manera que por demás es muy gravosa para

⁸ Un recuento amplio de esta discusión en la obra colectiva editada por HEFENDEL, *La teoría del bien jurídico*, passim.

los ciudadanos que son sujetos pasivos de punición e incluso de procesamiento, la lesividad del hecho debería ser entendida también en función de la afectación de condiciones materiales de organización social, que es lo que da lugar a la imposición de sanciones que con su carga aflictiva constituyen más que meros procesos comunicativos. La pretensión de construir los conceptos penales de manera ideológica, conduce a que se haya perdido de vista la importancia de los efectos materiales que deberían caracterizar el hecho punible, y que de manera innegable definen la sanción.

En efecto, y conectando lo dicho con otra de las opciones metodológicas a las que antes se hiciera referencia, en lo que a la pena respecta, la realidad impone reconocer la esencia de la pena como tarea previa al adentrarse en la pregunta por su función; por lo que antes de indagar por su finalidad significativa dentro de un determinado ámbito comunicacional, debe tenerse claridad suficiente sobre un dato obvio, y a veces soslayado en la discusión: que ella supone un mal que se concreta en una privación de derechos del ciudadano⁹. Esta realidad parece ignorarse a veces por quienes señalan que el fin de la sanción penal, y del sistema de Derecho penal en su conjunto no es otro que el de prevención general positiva, entendida como restablecimiento de la vigencia de la norma conculcada por la actuación delictiva, enfatizando de tal manera este aspecto, que se pierde de vista que la privación de derechos que es consustancial a la pena, exige hacer de ella un ejercicio limitado y necesitado de validación axiológica, la misma que en general se ha asociado a la prevención o evitación de nuevos delitos¹⁰.

El carácter aflictivo de la sanción impone armonizar una serie de principios reguladores de ella como los de proporcionalidad, respeto a la dignidad humana, y necesidad a efectos preventivos de la misma.

La necesidad de no obviar los efectos que dan lugar a la intervención del Derecho penal conduce a afirmar que así como la sanción comporta un acto aflictivo susceptible de

⁹ Este riesgo es advertido por algunos autores cercanos a estos planteamientos metodológicos. Así por ejemplo, manifiesta PEÑARANDA, que: “La cuestión es entonces si estamos asistiendo a un proceso irresistible que parece conducir de sistemas despreocupados por las exigencias del caso concreto a una tónica que no reconoce más idea rectora que la abstracción de que la pena es la respuesta al delito y el delito la manifestación que requiere una pena por respuesta”, “Función de la pena y sistema del delito”, p. 411.

¹⁰ FERRAJOLI, “El Dp mínimo”, p. 39.

interpretación en clave de valores jurídicos, esos mismos valores suponen que la relevancia de una actuación no se establezca atendiendo solo a la negación de la vigencia de la norma que ella comporta, sino también la dañosidad social que genera. Son los efectos que genera a nivel de perturbación “material” de la vida social, o de los intereses cuya protección amerita la prohibición normativa, los que deben determinar que se califique como delictiva una actuación.

Por estas razones, aunque la relevancia penal de la actuación suponga la infracción de la norma jurídico penal, y el ámbito máximo de significación de la norma determine los confines máximos de lo punible, debe entenderse que ese ámbito de significación constituye el irrebasable límite externo de lo punible que sin embargo no determina por sí las demás condiciones en las que se haya de responsabilizar penalmente a un ciudadano. Así las cosas, tras la realización de la conducta mediante la cual se transgrede el mandato normativo, sigue siendo necesario que ese mismo comportamiento comprometa la indemnidad de un bien jurídico que antes de dicha realización no era objeto de afectación.

La protección de las condiciones de vigencia de la norma jurídico penal se justifica entonces en aras de la protección de bienes jurídicos, cuya afectación determina el contenido material del hecho punible.

Así las cosas, si afirmar la tipicidad del comportamiento implica señalar que éste es relevante para el ordenamiento jurídico, las opciones valorativas mencionadas en un comienzo obligan a reconocer que dicha categoría supone la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, tales como el compromiso o afectación del bien jurídico, o la concurrencia de dolo o imprudencia en la actuación del sujeto; y que la concreción de los contenidos formal y material de la tipicidad debe hacerse en consonancia con las funciones de la norma.

Con todo, debe advertirse que la elaboración de la teoría del delito a partir de la función asignada a la norma, como aquí se propuso, es una opción metodológica de nivel intermedio, lo que significa que existen otras alternativas que consideran que los conceptos dogmáticos de hecho punible y de injusto, pueden elaborarse sobre bases distintas a ella¹¹.

¹¹ BACIGALUPO, por ejemplo, sostiene que el de norma es un concepto previo al desarrollo de la estructura del injusto: “...cualquiera de los conceptos disponibles de norma permite entender los textos del Derecho positivo,

Sobre estas premisas se pueden diseñar las líneas básicas de los desarrollos que se harán a lo largo del trabajo en relación con el delito imprudente, sobre el cual se entiende que supone una transgresión normativa, a través de la realización de un comportamiento generador de riesgos desaprobados jurídicamente, y que debe materializarse en la afectación cierta de un bien jurídico.

Ahora bien, más allá de la caracterización genérica, se entenderá que la imprudencia supone siempre la infracción de unas reglas de comportamiento correspondientes al sector de tráfico jurídico en el que se despliegue la actuación peligrosa; aquí se analizarán los criterios que permiten hablar de imprudencia en el ámbito sanitario.

A. FUNDAMENTACIÓN DUAL DEL INJUSTO Y DELITO IMPRUDENTE

En la actualidad se asume de forma mayoritaria el planteamiento según el cual la norma penal cumple las funciones de determinación y de valoración¹². Dicha propuesta permite entender a su vez que el injusto se asienta sobre dos pilares fundamentales, con

sea que se entienda la norma como un imperativo o se dote al concepto de ella de una doble función valoradora por un lado y motivadora por el otro. Como tal el concepto de norma resulta ser más bien un concepto previo al trabajo dogmático; un concepto con el que se fija uno de los términos de la interpretación”, “El concepto de norma”, p. 61.

En contra también, FEIJOO: “En mi opinión, carece de relevancia la distinción radical entre desvalor de la acción, (donde se tienen en cuenta solo datos psíquicos del autor) y desvalor de resultado como materias distintas pertenecientes a normas distintas (norma de determinación y norma de protección, valoración o garantía). Desde luego no es una exigencia del Derecho positivo. Se trata de una distinción demasiado vinculada a la ‘doctrina final de la acción’”, *El injusto penal y su prevención*, p. 111.

GIL GIL considera viable estructurar una concepción dual del injusto, pero no como consecuencia de atribuir una doble función a la norma, a lo que considera una “fundamentación quizás excesivamente simple”, *El delito imprudente*, p. 107.

¹² La relevancia de la doble función de la norma para la estructura del injusto goza de unas referencias muy extendidas en la doctrina. A manera de ejemplo pueden verse los planteamientos de CUELLO CONTRERAS, *El DP Español* I, 3 ed., pp. 435, 436; asume dicha terminología aunque matizando el alcance del deber de valoración, MIR PUIG: “las normas penales, aunque imperativas, presuponen determinadas valoraciones”, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 2, V, pp. 70 nro. 36; también matiza la consideración anterior CEREZO, para quien: “Lo injusto consiste en la infracción de una norma de determinación, un mandato o una prohibición, pero los mandatos o prohibiciones están en función de unos juicios de valor que constituyen su presupuesto lógico y sin los cuales carecerían de sentido”, *Curso*, II, p. 156.

estructura de juicios de desvalor, derivados de cada una de las funciones asignadas a la norma: el desvalor de acto y el de resultado¹³, que la doctrina mayoritaria asocia, respectivamente, a las funciones de determinación y de valoración.

El reconocimiento de la relevancia de dichos juicios de desvalor para la fundamentación del injusto¹⁴, permite incorporar a la estructura de éste, dándole naturaleza dogmática, dos principios político-criminales básicos: el de lesividad y el de culpabilidad en cuanto exigencia de responsabilidad subjetiva¹⁵.

Del primero se desprende que no hay delito sin la afectación de un bien jurídico¹⁶, y del segundo, que para que haya delito el sujeto debería haberse podido representar los efectos de su actuación¹⁷.

La fundamentación del injusto sobre los mencionados juicios de desvalor, ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina, que en el último tiempo, incluso con la consolidación de

¹³ Sobre la relación entre las funciones de la norma y los juicios de desvalor a los que da lugar, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 65 y ss.; PORTILLA, "Tema 19", p. 388; sobre esta cuestión pueden verse también, BERDUGO Y OTROS, *Curso*, 2 ed., p. 201, que entienden que los dos juicios determinantes de la antijuridicidad material, son consecuencia de los principios de lesividad e intervención mínima; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5 ed., pp. 256 y ss.; WELZEL, *DP alemán*, pp. 91 y ss.

¹⁴ En la doctrina científica existen referencias muy antiguas al conferimiento de dos funciones distintas a la norma, de determinación y de valoración; sin embargo, en los primeros momentos, con dichas referencias, no pretendía explicarse la estructura del injusto, sino más bien la del delito en su conjunto. Sobre esta cuestión SACHER, *La evolución del tipo subjetivo*, apartado II.

¹⁵ De estos dos principios se ha dicho que "dan sustento material a las interrogantes fundamentales de qué es delito y a quién imponer una sanción penal... Estos son expresión de un Derecho penal basado en el hecho cometido y no en el carácter o la forma de ser de las personas", ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, p. 185.

¹⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Cap. III, 8, 33, pp. 464-479.

SILVA SÁNCHEZ destaca, además, que en virtud del principio de proporcionalidad, la antijuridicidad penal exige una gravedad calificada del hecho, *Aproximación*, pp. 387-389.

¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Cap. III, 8, 35, pp. 489 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, pp. 46-48; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, pp. 90-91.

la teoría de la imputación objetiva¹⁸, indaga por la necesidad de ambos, por su contenido, y en el caso de quienes consideran que ambos son necesarios, por la posibilidad de predicar la prevalencia de alguno de ellos (como sucede con los autores que privilegian el desvalor de acto, exacerbando las ideas finalistas¹⁹; o por el contrario, con los defensores de planteamientos como los de la escuela causalista neoclásica y según algunos, como los de quienes desarrollan el sistema sobre las bases esbozadas por aquéllos²⁰, para quienes el injusto depende, básicamente, del desvalor de resultado).

Uno de los objetivos fundamentales de esta primera parte es delimitar los contornos básicos de la referida discusión, como presupuesto necesario para la estructuración del injusto imprudente. Para ello se aludirá, en un comienzo, a las funciones que la doctrina suele atribuir a la norma penal, asumiendo el planteamiento según el cual la construcción dogmática tiene

¹⁸ De hecho, uno de los aspectos medulares en la discusión entre los autores finalistas y los defensores de la imputación objetiva es la forma como el dolo puede hacer ilícita una actuación que sin él sería jurídicamente irrelevante (que es el planteamiento finalista), o como el acto objetivamente lícito no pierde su carácter de tal, por más que en la actuación del sujeto haya habido dolo (que es lo que defienden los teóricos de la imputación objetiva).

Sobre los términos de la discusión respecto a la preponderancia dentro del injusto del desvalor de acto o de resultado, véase, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 93.

¹⁹ Fue con el finalismo que se consolidó la integración del dolo y la imprudencia a la estructura del injusto, el cual, hasta los planteamientos previos, era explicado básicamente en función del desvalor correspondiente a la situación objetiva generada por el sujeto.

La prevalencia que hasta la consolidación de la propuesta finalista tuvo el desvalor de resultado, generó una situación que todavía hoy, aunque con un enfoque distinto al de la disputa entre causalistas y finalistas, sigue siendo objeto de análisis: el de la relevancia de la afectación del bien jurídico para la configuración del injusto. Para WELZEL, aunque lo determinante era el desvalor de acción, no cabía desconocer la relevancia del desvalor de resultado para el injusto, aunque eso sí, asignándole una función secundaria, *DP alemán*, p. 13.

Los autores calificados de posfinalistas proponían excluir el desvalor de resultado de la fundamentación del ilícito penal (así, por ejemplo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 112), lo que les permitía señalar que la tentativa inidónea era el modelo básico de injusto (como lo hace ZIELINSKI, *Desvalor de acción y disvalor de resultado*, pp. 162, 163).

Sobre el alcance de los conceptos de desvalor de acto y de resultado en las obras de WELZEL y de sus discípulos más radicales, HIRSCH, “Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, pp. 763-769.

²⁰ MEZGER: “La captación del contenido material del injusto debe, por ello, concebirle como lesión o puesta en peligro de determinados intereses vitales” *Tratado*, T. I, p. 384

una premisa fundamental en la función conferida al derecho penal, y en este caso concreto, a la norma jurídico-penal; y además se harán unas breves consideraciones acerca de las funciones que se entiende que cumple la norma, con la idea de que ello resulta útil para la construcción del concepto de injusto.

1. La función de determinación de la norma

En su pretensión de ordenar la vida en sociedad, el Derecho penal se vale de normas contentivas de amenaza de sanción, para el caso de inobservancia de lo preceptuado por ellas (lo que, de todas maneras, como se expresará a continuación, no constituye el único presupuesto de la responsabilidad penal). Mediante dicha amenaza, la norma jurídica busca asegurar el cumplimiento de los deberes de abstención o de actuación que en determinados casos incumben a los ciudadanos en aras de la protección de bienes jurídicos.

Al expresar una idea que goza de amplia aceptación, LUZÓN PEÑA manifiesta que la norma “mediante pena pretende determinar, motivar a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos”²¹.

La pretensión motivadora de aquélla se formula respecto de comportamientos o que el autor dirige hacia la afectación de bienes jurídicos, o que por su ejecución desatenta o descuidada pudieran resultar generadores de riesgo para dichos bienes²².

La relación existente entre la finalidad de ordenación del comportamiento de los ciudadanos y la pretensión de tutela de bienes jurídicos ha hecho que en los últimos años se extienda la idea de que la prohibición de la conducta supone en esta última una característica especial: su peligrosidad para el bien jurídico, de manera que el objeto de prohibición sería la realización de conductas adecuadas para lesionarlos.

Y dada la capacidad lesiva de determinadas acciones, el ordenamiento jurídico dispone que no se ejecuten o que se adopten las medidas adecuadas para que el riesgo asociado a ellas sea neutralizado, encauzado, o mantenido dentro de los márgenes de lo permitido. La

²¹ LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 340.

²² “La comprensión de la norma como norma de determinación la configura como instrumento de protección de los bienes jurídicos”, GIL GIL, *El delito culposos*, p. 45.

ejecución de la conducta sin adoptar las medidas que permitan mantener el riesgo bajo control, o por sujetos incapaces de controlarlo aunque adopten las medidas que deberían observar quienes ejecuten acciones generadoras de determinada clase de riesgos, constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad penal.

El mensaje normativo, apunta así, a dos formas distintas de actuación, generadoras a su vez de dos modalidades de tipicidad²³, la dolosa y la culposa o imprudente²⁴.

A manera de aproximación preliminar a la diferenciación de esas formas de tipicidad, puede decirse que, en la dolosa, la norma prohíbe realizar comportamientos dirigidos por el autor a la afectación del bien jurídico; mientras que en la imprudente, por el contrario, se pretende determinar al ciudadano a que evite realizar comportamientos generadores de riesgos que, de no ser controlados adecuadamente, podrían lesionar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal²⁵.

²³ A partir de la diferenciación de dos modalidades de “tipo subjetivo” es posible hablar de dos tipos de injusto; sobre lo que existe una álgida discusión doctrinal es sobre la preponderancia de uno u otro aspecto en la configuración del injusto. Mientras los planteamientos finalistas erigían el aspecto subjetivo de la tipicidad en el rector del juicio de tipicidad, planteamientos recientes revalorizan el tipo objetivo en desmedro de la importancia conferida por el finalismo al tipo subjetivo. Así, TORÍO: “La orientación actual, es decir, el sistema postfinalista, desarrollado en los años setenta y ochenta, preserva la idea formal de que el desvalor de acción es el dato prioritario, originario, antepuesto al desvalor de resultado, dentro del tipo, pero entiende ese desvalor en sentido objetivo material, en tanto considera la tendencia objetivo final de la acción (*finis operis* en el lenguaje aristotélico) como momento constitutivo del injusto tipificado. Es éste quizás el elemento más característico del pensamiento postfinalista para el cual el tipo describe a) acciones peligrosas, dirigidas por la voluntad finalista, dolosa, b) a la producción de un resultado”, “Acción peligrosa y dolo”, p. 372; FELLIO, *El injusto penal y su prevención*, pp. 97-104; GROSSO, “La teoría normativista”, pp. 107 y ss.

²⁴ Si se entiende que el aspecto subjetivo del tipo hace relación a la concurrencia de determinados contenidos positivos de carácter psicológico en la actuación del individuo, resulta discutible que lo específico del delito imprudente se derive de la estructura de un tipo subjetivo propio; pues si se admite la punibilidad de la imprudencia inconsciente, el llamado principio de responsabilidad subjetiva solo exigirá una relación de previsibilidad, de carácter normativo, que hace que un tipo subjetivo entendido a la manera antes referida, difícilmente se pueda sostener salvo que se confiera a los conceptos una significación más allá de lo razonable.

²⁵ En este sentido, por ejemplo, GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 79.

De la distinta configuración del mandato normativo podrían derivarse consecuencias diversas para la estructuración del injusto. A partir de ello, algunos autores destacan diferencias estructurales entre dolo e imprudencia.

Acorde con lo anterior, provisionalmente se dirá que la tipicidad imprudente está asociada al manejo inadecuado de fuentes de riesgo que por alguna circunstancia salen del control efectivo del sujeto que las puso en marcha, o que tenía el deber de controlarlas.

Por esta razón, la observancia del cuidado en relación con los procesos de riesgo vinculados a la propia actuación constituye el pilar fundamental del desvalor de la actuación imprudente.

Aunque la doctrina más antigua prestara especial atención al concepto de cuidado, y la reciente haga un énfasis mayor en la problemática del riesgo, ambos elementos han caracterizado los diversos planteamientos doctrinales sobre la imprudencia, con todo y que en las elaboraciones teóricas más antiguas la idea de riesgo no apareciera tan bien definida en sus contornos como en la actualidad, ni tuviera la misma trascendencia teórica que se le ha otorgado en los últimos años.

Así por ejemplo, sin hacer del riesgo un elemento definidor del injusto, MEZGER ya se refería a él²⁶, asociándolo a la infracción del deber de cuidado ordenado por la norma jurídico-

Así, por ejemplo RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: “Entre el dolo y la imprudencia existe una diferencia cualitativa esencial, un diferente contenido de injusto que justifica su diferente penalidad: en el dolo estamos ante “realización de planes”; en la imprudencia ante simple “descuido”. Y la frontera entre ambos viene dada por la “decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos” o, lo que es lo mismo, por la decisión consciente en contra del bien jurídico”. “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos”, p. 279.

También refieren la existencia de diferencias estructurales entre dolo e imprudencia, JESCHECK/WEIGEND: “La imprudencia no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que es algo diverso a éste”, *Tratado*, 5 ed., p. 606; y MIR PUIG: “el dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza porque el dolo es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico y la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo”, *DP, PG*, 8 ed., 11, 15, p. 289.

Frente a este planteamiento ha alcanzado una gran difusión el de quienes sostienen que pese al distinto contenido de las normas que les sirven de fundamento, entre dolo e imprudencia no existen diferencias estructurales, sino de grado de conocimiento del autor respecto a la situación de riesgo y a la posible ocurrencia del resultado. En este sentido, FEIJOO, “La distinción entre dolo e imprudencia”, en especial, pp. 277 y ss.

²⁶ “La explotación de un ferrocarril o de una mina, los trabajos que exigen voladuras con dinamita realizados en lugares accesibles al público, los trabajos de edificación, reparación y cubrimiento de edificios, la conducción de automóviles en calles y carreteras concurridas, el ejercicio de la caza, la profesión médica, etc. Tales conductas peligrosas no están prohibidas; el tráfico (en el sentido más general) permite aquí un cierto riesgo”, MEZGER, *Tratado*, T. II, p. 195.

penal²⁷, deber al que por muchos años se ha considerado el elemento nuclear de la imprudencia.

Lo dicho hasta aquí permitiría concluir que la norma que prohíbe el comportamiento imprudente exige cuidado en el manejo de las fuentes de riesgo para los bienes jurídicos²⁸. La alusión a una exigencia de cuidado permitió fundamentar el injusto imprudente sobre la infracción de un deber de cuidado que el ordenamiento jurídico imponía al sujeto.

Este deber se entendió por algunos como derivación de la supuesta existencia de un mandato de cuidado, que trasladaría el problema de la imprudencia a la distinción entre normas de mandato y de prohibición; ello, porque de la referencia a una exigencia de cuidado en el manejo de las fuentes de riesgo, a la afirmación de que la norma que fundamenta el delito imprudente es una norma de mandato, no había más que un paso que muchos autores dieron²⁹.

²⁷ Se atribuye a EXNER y a ENGISCHE el desarrollo del concepto de infracción del deber de cuidado y su traslado al injusto en sendas monografías de 1912 y 1930, respectivamente. Por todos, pueden verse los planteamientos de CHOCLÁN, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 11, nota 2; y FEIJOO, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 51 y ss.

²⁸ Es muy extendida la idea de que el delito imprudente se deriva del manejo erróneo de los medios con los que se realizó la conducta peligrosa. En este sentido, por ejemplo, CEREZO MIR: “En el tipo de injusto de los delitos de acción imprudentes se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los medios o la forma de su utilización”, *Curso II*, 6 ed., p. 160.

²⁹ Usa una terminología cercana a la confusión COUSIÑO: “El DEBER de diligencia y cuidado *es un mandato imperativo*, que tiene vigencia y valor aun en la hipótesis ideal de que jamás fuere infringido. Empero, para precisar el concepto de la culpa, es necesario complementar su aspecto positivo con el negativo, de CONTRADICCIÓN al mismo deber. Esto significa que el deber representa una cara de la moneda, mientras su infracción representa la otra cara, es el complejo global, la estructura total, o sea, las dos caras de la moneda, el que sirve de piedra angular a la culpa”, *DP Chileno*, T. I., p. 823, mayúsculas en el texto, cursiva añadida.

Como incursas en esa confusión, podrían entenderse también las siguientes ideas de MEZGER: “Como la omisión, también la culpa es, pues, un “no hacer algo (esto es, lo debido)”, a saber, no cumplir un deber de precaución mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo”, *DP, PG*, 6 ed., p. 257.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, alude así a las relaciones entre los dos conceptos “Bien destacaba Carrara que en todo delito culposo se observa un componente omisivo de las reglas de prudencia, diligencia y cuidado que la sociedad impone al hombre para el desarrollo de una convivencia no perturbadora, lo que ciertamente no puede

En parte por los efectos de la referida equiparación entre deber y mandato de cuidado (o de actuación cuidadosa), en los últimos años se ha producido un ataque muy vehemente contra la idea de que la norma que fundamenta la punición del delito imprudente contenga un deber de cuidado; afirmando al tiempo, por el contrario, que su contenido es el de una prohibición de actuación descuidada.

La crítica entiende que hablar de la infracción de un deber de cuidado supone la existencia de una norma de mandato, que se infringiría en todos los casos de imprudencia. Mediante las objeciones a esta aparente confusión, en la que como se vio han incurrido algunos de sus defensores, se ha querido desterrar el concepto de deber de cuidado de la teoría del delito imprudente para sustituirlo por el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado, cuestión a la que se aludirá más adelante, y que como se verá, tiene en la práctica efectos poco apreciables.

La crítica a los efectos de la posible confusión entre deber de cuidado y mandato de cuidado, ha sido formulada por un grupo de autores que sostiene posturas teóricas muy dispares, cuyos planteamientos, como se verá, suelen entrar en contradicción.

JAKOBS expresa así su opinión negativa sobre la existencia de un deber de cuidado:

“Por lo que se refiere a la supuesta existencia de un deber de cuidado o de una infracción de cuidado que caracterice la imprudencia, en ésta no hay -como en el

conducir a pensar en los delitos culposos como delitos de omisión. Con todo, en la práctica, imprudencia y negligencia son fenómenos correlativos, pues en toda imprudencia hay descuido de los deberes de cautela, y en toda negligencia hay premura en el actuar que no pone en práctica el esfuerzo, la atención y el cuidado requeridos”, *DP fundamental*, T. II, p. 273.

ROMEO CASABONA destaca cómo la gran afinidad existente entre los deberes de cuidado y de garante, puede generar la referida confusión: “aun siendo conceptos diferenciables, existe una estrecha vinculación entre el deber de cuidado y el deber de garante; éste contribuiría a determinar el contenido de aquél, los dos confluirían en la determinación del deber de actuar dirigido al objetivo común de la evitación de lesión del bien jurídico”, “El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente”, pp. 12-13; GÓMEZ RIVERO, por su parte, alude al “momento omisivo” de la imprudencia, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 349; y Art. KAUFMANN refiere que “en toda imprudencia hay una omisión”, “La importancia de los cursos causales hipotéticos”, p. 151.

Otras referencias en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., p. 552; y CORCOY, *Delito Imprudente*, Cap. II, ap. 3.4., quien señala que la confusión ha sido frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en lo que coincide ALASTUEY DOBÓN, “Delitos de comisión por omisión”, p. 989.

dolo- más deber que el que surge de la norma, y solo este deber se infringe: En la comisión imprudente, el sujeto debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (¡cuidadosamente!). Sobre todo en el delito de comisión, *lo que se suele decir de que el autor ha dejado de observar el cuidado prescrito es falso desde el punto de vista de la lógica de las normas*: En el delito de comisión no es que el autor deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado. Ejemplo: en el ámbito de la comisión no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar”³⁰.

Sobre bases coincidentes con este planteamiento, autores que asumen posiciones metodológicas muy dispares critican también la existencia de un deber (del que se derivaría un supuesto mandato o exigencia) de cuidado. Esos planteamientos pueden concretarse así:

a) Entender que la norma contiene una prohibición de trato descuidado, *evitaría asimilar los delitos imprudentes a los delitos de omisión*, que es una consecuencia, dicen los críticos, de plantear que el núcleo de la ilicitud imprudente radica en la infracción, entendida como omisión, del cuidado debido³¹.

b) La consideración de que la norma contiene un mandato de actuación cuidadosa, haría depender el injusto de la capacidad individual de atención o de cuidado, lo cual

³⁰ JAKOBS, *DP, PG*, 2. ed. española, p. 384, cursiva añadida al original.

Sobre este mismo aspecto manifiesta ROXIN, citando a JAKOBS, que la idea de asentar el núcleo de la imprudencia en la infracción del deber de cuidado y no en los criterios generales de imputación, es “falsa en la lógica de las normas”... “al autor no se le reprocha que haya omitido algo, sino que haya creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido y el fin de protección de la norma, que se ha plasmado en un resultado típico”. *Política criminal y estructura*, p. 92

En sentido similar se había expresado ARMIN KAUFMANN: “Se gira en tono de un enjuiciamiento de *acciones* y, con ello, nos movemos principalmente en la esfera de las *prohibiciones*. Lo que aquí irrita fácilmente es el hecho de que nosotros formulamos el cuidado exigido, las más de las veces en forma positiva, como *obligación exigida*, y la falta de cuidado, con frecuencia como cuidado “omitido”...Más bien está *prohibido* realizar una acción en determinada forma: colocar *sin* precauciones una botella de veneno y doblar *sin* velocidad disminuida”, “El delito culposo”, p. 475.

Muy crítico con la validez del célebre ejemplo de las cerillas, aunque sobre unas bases distintas a las que se desarrollarán más adelante, KINDHÄUSER, “Imprudencia y riesgo permitido”, pp. 117-118.

³¹ En dicha crítica son enfáticos los autores a los que se alude en la primera parte de la nota anterior.

*implicaría una pérdida del carácter general de los criterios con los cuales determinar la ilicitud del hecho imprudente*³².

c) ROXIN, crítico también con la existencia de un deber de cuidado, afirma que asignando a la norma un contenido de prohibición de descuido en la manipulación o manejo de las fuentes de riesgo, se evita que *la infracción de las normas reglamentarias proferidas para el control de riesgos se torne en base del injusto penal*³³.

d) Y para finalizar, se destaca que asignándole a la norma el contenido de prohibición de descuido, al valorar los hechos *no interesará lo que hubiera debido realizar el sujeto, sino lo que en realidad haya hecho*³⁴.

Aunque la consolidación en la doctrina de la idea de riesgo permitido, a la que después se aludirá, parece presuponer la asunción de algunas de las objeciones formuladas al concepto de deber de cuidado (confiriendo a la idea de riesgo jurídicamente desaprobado unas ventajas conceptuales relativas), hay que destacar que ni todos los argumentos incorporados a la crítica

³² SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, p. 176.

Se apoya este autor en la idea de que el mandato de cuidado implicaría una determinación de la antijuridicidad de la imprudencia condicionada por la capacidad individual de atender el mandato, lo que considera claramente inaceptable. De esa manera, aunque reconoce el concepto de deber de cuidado, rechaza la determinación individualizada de su contenido: “el criterio del deber objetivo de cuidado se muestra respetuoso con el principio de igualdad, por cuanto impide dirigir exageradas exigencias al individuo superdotado y permite a la jurisprudencia enunciar mandatos o reglas generales de cuidado, con lo cual se refuerza la idea de que las normas de conducta son patrones de comportamiento mutuo,..., y que al injusto de comportamiento le es imprescindible un criterio objetivo”, *Delito imprudente*, p. 174.

³³ “... el fijarse en el deber de cuidado induce a la suposición errónea de que de la infracción de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, o de normas de tráfico extralegales (...) se deriva *eo ipso* una imputación imprudente”, ROXIN, *DP, PG*, T.I, p. 1000, nro. 12.

³⁴ En este sentido, siguiendo los planteamientos de JAKOBS, CHOCLÁN MONTALVO: “Sin embargo, los conceptos del “deber de cuidado” y el “riesgo permitido” responden a dos formas distintas de comprender el fenómeno: con el concepto de deber de cuidado se hace referencia a los cuidados que *debió* observar el autor (*conducta esperada*); por el contrario desde el punto de vista de la imputación objetiva, lo relevante no es lo que se *debió* o no hacer sino lo que ha hecho el autor, esto es, crear un peligro que jurídicamente está desaprobado, de forma que se valora negativamente la *conducta realizada*”, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 36, cursiva en el texto.

que se viene analizando son válidos, ni de ellos se deriva como conclusión necesaria que el deber de cuidado sea una categoría superflua³⁵.

Para empezar, no es cierto que hablar de la infracción del deber de cuidado implique como regla general, una confusión de planos entre la imprudencia y la omisión. Si infringir el cuidado debido se entiende, con la doctrina mayoritaria, como no observar el cuidado correspondiente a la situación concreta, mal podría decirse que al hacer esa interpretación se identifiquen la omisión y la imprudencia, salvo que se confunda la omisión, como no realización de la acción mandada, con el cuidado o el descuido como predicados de ella.

Esa confusión en la que, como reiteradamente se ha dicho, ha incurrido un sector de la doctrina, (cfr. nota 29) no permite descalificar el planteamiento criticado.

Por otro lado, llama mucho la atención que un autor como JAKOBS, que con tanto ahínco ha defendido la asimilación normativa entre acción y omisión³⁶ (posición que en el análisis de algunos casos concretos se presenta muy sugerente, pero que aún suscita muchas reservas en la doctrina mayoritaria, que considera que subsisten razones para diferenciar ambos conceptos)³⁷ manifieste que es un error asignar determinado contenido a la norma por

³⁵ A propósito de la polémica generada por la necesidad o no de mantener el concepto de infracción del deber de cuidado cuando se asumen los planteamientos de la imputación objetiva señala FRISCH, “Es difícil imaginar un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado”, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 44.

³⁶ Este autor expresa esta idea, recurrente en él, de la siguiente manera: “No obstante, esta diferencia en cuanto a la conducta -...- es superficial y, por consiguiente, irrelevante en lo jurídico, ya que tal distinción se orienta al estado en que casualmente se encuentra la organización”, JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, p. 14.

³⁷ A partir de las dificultades para diferenciar acción y omisión en algunos supuestos concretos señala FEIJOO: “En Alemania está cobrando auge una línea doctrinal, que tiende hacia la desaparición o, al menos, hacia la difuminación de los límites clásicos entre acción y omisión especialmente en el ámbito del delito imprudente. Esto es lógico, ya que la delincuencia imprudente tiene mucho que ver en la práctica con la utilización de medios mecánicos y la explotación de tecnologías más o menos sofisticadas y esta evolución se debe primordialmente a los problemas que la tecnificación en la vida moderna y las nuevas tecnologías le plantean a las teorías clásicas del delito”. *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 42.

GIMBERNAT, por su parte, aunque defiende la diferenciación en algunos casos entre acciones y omisiones manifiesta que hay supuestos en los que no hay lugar a ella: “Desde WELP sabemos que existen ciertas omisiones que son intercambiables con acciones:... cuando un (hasta entonces permitido) foco de peligro causa un resultado

los riesgos de que se presente la confusión de planos entre un calificativo de la acción, como sería la imprudencia, y la omisión, cuando en realidad la confusión se daría entre una acción y una omisión, lo que justamente coincide con el planteamiento de este autor³⁸.

Pero aparte de la inconsecuencia con alguno de sus postulados, la crítica de este autor supone una confusión entre la acción y su predicado (el descuido o inobservancia del cuidado). Prescribir que al actuar se mantengan bajo control los riesgos de las acciones por emprender, no es propiamente una orden de actuación, como la que emerge de los mandatos cuya infracción da lugar a la imputación de un delito de omisión.

Además, la afirmación de que al autor se le impone “omitir el comportamiento descuidado” no es cierta. Como se verá más adelante, el concepto de riesgo permitido comporta el reconocimiento de una libertad básica al ciudadano, de la que emergen espacios de actuación, que solamente deberían limitarse en aras de las necesidades de protección de bienes jurídicos necesarios para la coexistencia social. A quien con su actuación pudiera desplegar un riesgo, cuyas circunstancias lo desaprueban jurídicamente, no siempre se le impone abstenerse de generar riesgos de cualquier clase. Inclusive, el ordenamiento jurídico puede permitir también la realización del comportamiento siempre que se adopten las medidas que aseguren la indemnidad del bien jurídico.

Quiere decir esto que existen acciones y omisiones, y que ellas pueden ser cuidadosas o imprudentes (-y por supuesto, también dolosas-); y no es verdad que toda actuación imprudente haya de entenderse, por el hecho de serlo, como una omisión.

Tampoco es cierto como sostiene SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, al criticar a los defensores de la teoría individualizadora del deber de cuidado, a la que se hará alusión posteriormente (II.A.1.d.v.) que si se estructura el delito imprudente a partir de la infracción

típico, bien porque traspasa los límites del riesgo permitido a consecuencia de una acción del autor, bien porque el obligado a adoptarla omite llevar a cabo una medida de precaución que habría mantenido el foco de peligro dentro del marco de lo jurídicamente tolerado, o lo habría reconducido a ese marco cuando el foco lo hubiera desbordado ya a consecuencia de la acción de un tercero o de una causa material”, “Comentario al art. 11 CP.”, p. 431.

³⁸ HERZBERG destaca la existencia de una contradicción en este planteamiento de JAKOBS y de ROXIN, en la medida que se asuma la indiferenciación valorativa entre acción y omisión, “El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa”, p. 49.

del deber de cuidado, el baremo de determinación de la ilicitud deba ser el que emerge de la capacidad individual de observancia del cuidado. Según este autor:

“olvida STRATENWERTH -defensor de la teoría individualizadora del deber de cuidado- que la norma en la imprudencia no consiste en un mandato de actuar conforme a cuidado, sino en una prohibición de actuar descuidadamente. Lo que se vulnera en los delitos imprudentes de comisión es una prohibición y, como acertadamente ha observado Armin KAUFMANN “omitir puede cualquiera” (incluso los inimputables): es decir no se requiere la capacidad de comprobación de la capacidad individual de cumplir la norma para afirmar la tipicidad, lo cual solo ocurre en los delitos de omisión”³⁹.

A esta idea se podría replicar señalando que salvo que se quiera dar por probado lo que apenas se pretende demostrar, en el sentido de que la infracción del deber de cuidado es una omisión, no se alcanza a vislumbrar la razón por la cual el mandato de cuidado habría de referirse a las capacidades individuales de actuación, como en los delitos de omisión, mientras que la prohibición de una actuación descuidada haría relación a un sujeto abstracto con determinadas características, que es el criterio de actuación que pretende defender SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Esta crítica fija como presupuesto lo que apenas se pretende comprobar: que el deber de cuidado comporta un mandato de actuación cuidadosa, que como tal, solo debe generar responsabilidad penal en relación con el ámbito en que el sujeto tuviese capacidad de cumplir con lo ordenado por la norma.

En relación con dicho planteamiento, puede decirse que hablar de un mandato de cuidado o, en su lugar, de una prohibición de descuido, no implica *per se*, tomar partido respecto a la determinación del deber de actuar según el concreto sujeto actuante, por un lado, o según un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el actor, u otros baremos normativos, por otro lado, pues, invocando las palabras de KAUFMANN que cita este autor, cualquiera podría infringir el cuidado debido u obrar en forma descuidada.

El propio JAKOBS, que tan enfático ha sido en atribuir a la norma un contenido de prohibición de trato descuidado, considera que el contenido de la norma debe determinarse

³⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, p. 177.

teniendo en cuenta las facultades y capacidades del sujeto en concreto⁴⁰, lo que evidencia que la determinación individualizada del deber de cuidado, que para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO sería tan criticable, para otros autores que comparten con él el punto de partida sobre la inexistencia de un deber de actuación cuidadosa, sería un desarrollo positivo de la postura que les es común, lo que sugiere que la asignación a la norma de uno u otro contenido no implica una opción por alguno de los referentes en función de los cuales determinar la ilicitud del comportamiento.

El planteamiento que atribuye a la norma un contenido de prohibición de trato descuidado es asumido en forma mayoritaria por autores (salvo casos como el de Armin KAUFMANN o SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) que fundamentan el delito imprudente desde las posturas de la imputación objetiva, para la cual la creación desaprobada de riesgos para los bienes jurídicos tutelados constituye el presupuesto común de la tipicidad dolosa y de la imprudente.

Para algunos teóricos de la imputación objetiva, se podrían evitar así las desventajas que ésta le atribuye al concepto de infracción del deber de cuidado, de hacer de la infracción de la norma administrativa de control de riesgos la base de un injusto penal.

Sin embargo, como se señalará más adelante, ni es cierto que al defender la infracción del deber objetivo de cuidado como núcleo del delito imprudente se llegue a esa situación, ni es cierto que el planteamiento crítico referido evite incurrir en dicha identificación. Por el contrario, son los críticos con la infracción del deber objetivo de cuidado quienes más se acercan a hacer de la inobservancia de las normas administrativas de control de riesgos el núcleo del injusto imprudente, llegando a una situación que sin embargo la doctrina suele rechazar (cfr. II,A,1,c,i).

Para terminar, no es claro que la determinación del carácter punible por imprudencia de un determinado comportamiento pueda hacerse al margen de su comparación con otros, y

⁴⁰ JAKOBS, “Delito imprudente”, p. 179; *DP*, *PG*, p. 387. Partiendo de las mismas bases de este autor, arriba CHOCLÁN a conclusiones similares, *Deber de cuidado*, pp. 54 y 55.

tampoco, que ello sea consecuencia de la calificación del comportamiento como infractor del deber de cuidado.

Más adelante⁴¹ se analizará si desde lo metodológico es razonable o político criminalmente satisfactorio, prescindir de la comparación con comportamientos no realizados a efectos de determinar la ilicitud de la actuación; pero lo que no es cierto es que si se renuncia a la infracción del deber de cuidado al configurar el delito imprudente, se logre prescindir de la comparación con otros comportamientos que sirven de referente para determinar la licitud de la actuación.

A manera de resumen: no es cierto que la referencia a un deber de cuidado haga de la norma que está en la base del delito imprudente, un mandato; el contenido de mandato o de prohibición de dicha norma tendrá que ver con la conducta que en el caso concreto se imponga para no exponer el bien jurídico a riesgos desaprobados, o para salvaguardarlo.

Contrario a lo pretendido por algunos sectores de la doctrina, conferir a la norma un contenido de mandato de cuidado o de prohibición de descuido no impone decantarse por radicar el núcleo de la imprudencia en la infracción de un deber de cuidado o en la generación de riesgos desaprobados jurídicamente; ni implica tampoco configurar el injusto atendiendo a un modelo intersubjetivo de actuación o a un modelo individualizado en el que se tomen en consideración las capacidades individuales de actuación.

Como se desprende de lo expuesto, los resultados de esta discusión no alteran de manera perceptible las construcciones de la doctrina tradicional en los ámbitos antes señalados.

⁴¹ Al tratar el problema de la construcción del injusto imprudente se volverá sobre el papel en la determinación de la ilicitud de la actuación realizada de los efectos que habría tenido una conducta no realizada (cfr. II,A,2,a)ii), a la que se toma como modelo de actuación lícita.

Tampoco debe perderse de vista que, en cualquier caso, el procedimiento de comparación de lo ejecutado con un curso hipotético asociado a una conducta no realizada, es posterior a la calificación del comportamiento como imprudente o no, pues se emplea para la atribución del resultado.

2. La función de valoración de los efectos de la actuación

En las líneas anteriores se señaló que a la norma jurídica se le asigna una función de determinación que permite atribuir al desvalor de acto el carácter de concepto fundante del injusto, y que también permite incorporar a la teoría del delito las derivaciones del principio de responsabilidad subjetiva.

Ahora bien. En un Derecho penal que reconoce como misión fundamental la de proteger bienes jurídicos, parece claro que la afectación de éstos debe incidir en la relevancia jurídica de la actuación del sujeto. La asignación a la norma de una función de valoración negativa (o desvaloración) de los efectos del comportamiento para el bien jurídico cuando ellos se producen, permitiría cimentar adecuadamente un juicio complementario co-fundamentador del injusto.

Sin embargo, aunque la idea de que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos goza de mayoritaria aceptación, las discusiones entre sus defensores respecto al valor fundante del injusto que hubiera de tener el desvalor de resultado, entendido en términos de lesión o peligro efectivos para un bien jurídico, han sido incesantes.

En toda la polémica tiene un papel determinante la idea de que el objeto de regulación del Derecho penal es la conducta humana, complementada por otra que en algún momento logró gran difusión, según la cual a las personas no les es posible asegurar el control de los procesos causales, que, en consecuencia, tendrían carácter azaroso⁴². Es más, vinculada a

⁴² REYES ALVARADO, señala que la dogmática jurídico penal no debe prescindir de la idea de causalidad aunque sí limitar su papel al de “condición mínima pero no suficiente de responsabilidad”, y expone algunos de los ámbitos en los que la física moderna ha cuestionado la operancia de aquélla, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 41 (para la cita) y 34 a 38. La idea que subyace a dicho planteamiento, según la cual los procesos causales no son objeto de dominio, ha sido una de las bases para cuestionar la relevancia del desvalor de resultado en la configuración del injusto.

Este mismo autor propuso posteriormente una reinterpretación de los conceptos de “causalidad” y “azar” “en torno del concepto de probabilidad”, “Causalidad y explicación del resultado”, p. 24.

De todas maneras, más adelante se verá que la dogmática moderna sigue entendiendo la causalidad como un requisito de la imputación del resultado, al menos en los delitos de comisión y de resultado. Así por ejemplo, GIMBERNAT: “... la existencia de causalidad sigue siendo un requisito *indispensable* en todos los tipos penales”, “Causalidad, omisión e imprudencia”, p. 56; ROXIN: “Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos, si el autor no ha causado el resultado”, *DP, PG.*, T. I, § 11, nro. 1, p. 345.

dichas ideas se consolidó otra según la cual el objeto de prohibición serían solo las conductas generadoras de riesgos desaprobados y no los resultados⁴³, que dependerían de variables que el sujeto no está en condiciones de dominar⁴⁴.

El comportamiento entonces sería objeto de prohibición o de mandato; y el resultado de lesión o peligro para el bien jurídico, sería objeto de atribución o imputación.

En esa disyuntiva, se planteó el interrogante de si la norma podía desvalorar algo distinto a lo que era objeto de prohibición o de mandato; y si el desvalor de la actuación podía verse complementado por la existencia de otro juicio basado en la ocurrencia de unos efectos que, según la opinión que iba difundiéndose, en su concreta configuración no dependían del

Lo anterior no impide reconocer que cada vez se extiende más el sector doctrinal que de la mano de las teorías que pretenden la normativización de toda la teoría del delito, aboga por la supresión de la categoría dogmática de la causalidad; sobre esta cuestión, TORÍO, “Relación de causalidad, indicaciones para una actualización”, pp. 917 y 918.

⁴³ Un recuento de las varias acepciones del concepto de resultado en Derecho penal, en ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, pp. 419 y ss.; y en LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Cap. IV

⁴⁴ Esta idea, que goza de amplia aceptación doctrinal, y se encuentra en íntima relación con el problema de la adscripción del resultado a la estructura del injusto, es objeto de ocasionales cuestionamientos.

DÍAZ PITA, por ejemplo, al analizar la teoría del dolo de FRISCH, señala: “aseverar que un sujeto no puede en ningún caso conocer el resultado en el momento de la acción (-que es una de las consecuencias de la incontrolabilidad del resultado-) se ajusta solo a la realidad de aquellas situaciones en las que transcurre un lapso de tiempo considerable entre acción y resultado; no, por el contrario, en aquellas en las que acción y resultado se desarrollan sin solución de continuidad”, y ejemplifica su aserto manifestando que un terrorista que dispone la explosión de una bomba después de pasado determinado tiempo “no puede conocer el resultado de su acción”, mientras que el que dispara en la nuca a una persona previamente maniatada “es obvio que sí conoce el resultado de su acción en el momento de dicha acción”, *Dolo eventual*, p. 294.

Sin embargo, no parece que la afirmación de que lo prohibido sean acciones y no resultados, y las consecuencias que de ello se deriven, por ejemplo, para el dolo (que es lo que permite a FRISCH señalar que el resultado no es objeto de él), dependa de la mayor o menor cercanía temporal entre acción y resultado, o de la posibilidad más o menos amplia de conocer el resultado de la acción inmediatamente después de su realización. Dicha cuestión parece orientarse más bien a la incontrolabilidad de los procesos causales, que es lo que permite, retomando el supuesto propuesto por dicha autora, explicar por qué en algunos casos no fallece el sujeto al que se impacta con una bala en la cabeza; pues en contra de lo que sugiere la cita, hay casos así.

La constatación de esta última realidad está en el origen de la discusión respecto al objeto de la prohibición (las conductas) y de la imputación (los resultados).

sujeto⁴⁵. La respuesta negativa a esta pregunta de un sector de la doctrina, condujo a rechazar el desvalor de resultado como concepto fundante del injusto⁴⁶; y al planteamiento, extremo en algunos autores, de que la función de protección de bienes jurídicos se agotaba en la prohibición de conductas *ex ante* peligrosas⁴⁷.

Sobre la base de discusión delimitada por dichas ideas, a continuación se presentan los elementos que se consideran más satisfactorios para el desarrollo de la cuestión.

⁴⁵ Asume esta postura, por ejemplo, SOLA RECHE, quien en lo referente a la necesidad de un juicio único o plural de desvalor para la fundamentación del injusto señala: “1) lo injusto queda constituido, pero no necesariamente agotado, por el desvalor de la acción, determinado éste por la antinormatividad de la conducta.... y 2) lo injusto puede verse incrementado con la concurrencia de un resultado disvalioso. Por lo que solo algunas tentativas -las que hayan alcanzado el concreto peligro para el bien jurídico-, generan un desvalor de resultado”, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, pp. 111, 112.

⁴⁶ Es necesario destacar desde este momento que aunque se asumiera la atribución de carácter azaroso al resultado, no por ello debe entenderse que el injusto es ajeno al desvalor de resultado. En este sentido, por ejemplo, GIMBERNAT: “es cierto que la producción del resultado, tanto en el delito doloso como en el culposo, escapa al control de quien actúa y que depende *siempre*, en alguna medida y consiguientemente, del azar o de la casualidad. Pero que es igualmente cierto que si en esos casos el autor causa el resultado, no por ello estaremos ante lo que en sentido técnico se denomina “responsabilidad por el resultado”, porque la lesión del bien jurídico es reconducible, por definición a comportamientos dolosos o imprudentes anteriores”...; y más adelante añade: “solo un integrismo penal que ha perdido todo el contacto con la realidad puede afirmar que a efectos de graduación de la pena en lo injusto, es indiferente que el resultado letal se haya producido o no”, Prólogo a ALCÁCER, *La Tentativa inidónea*, pp. XVII y XVIII.

⁴⁷ Así se expresaron los representantes del finalismo conocido como extremo o radical, cuyo pensamiento representa bien ZIELINSKI: “Si las normas jurídicas tienen la misión de regular la conducta humana, entonces, como órdenes dirigidas a personas, contienen descripciones de acciones y fundamentan deberes de realizar acciones, o bien, de omitirlas. El ilícito, como la no realización de estos deberes, tiene siempre el carácter de la acción: el disvalor de acción que es fundamentado por la dirección de la conducta a una meta contraria al valor, constituye el ilícito. Y únicamente él integra el contenido del ilícito. En la medida en que el juicio jurídico de valor (disvalor) primario se realiza en el resultado -la lesión del objeto del bien jurídico- y este juicio fundamenta el juicio de valor secundario sobre la acción que lesiona al bien jurídico, no existe, entre el resultado y la acción ilícita, ninguna unión directa que posibilite al disvalor de resultado tener influencia sobre el ilícito”, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, pp. 162-163.

En sentido similar, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 62-63; y desde una perspectiva metodológica diversa, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 415 y ss.

Para empezar, una precisión terminológica: cuando aquí se habla de la relación entre el injusto penal y el desvalor de resultado, como manifestación de la función de valoración de la norma, se alude a la relevancia de la afectación del bien jurídico (como efecto de la actuación, trascendiendo por ende la formulación del juicio *ex ante*), para la configuración del injusto penal. Esto, debido a que la doctrina alude también en ocasiones a la función de valoración de la norma, desde una perspectiva distinta. Dicha acepción, que no es la referida en este momento, y que mal podría cuestionarse, entiende que a la norma subyace un juicio de valor mediante el cual se atribuye a un bien jurídico la condición de digno de protección⁴⁸.

Queda claro entonces, que la cuestión a tratar es la de si un juicio de desvalor sobre los efectos del comportamiento, puede co-fundamentar la estructura del injusto.

Aunque los planteamientos de quienes privilegian el desvalor de acto (hasta el punto de excluir el desvalor del resultado de la configuración del injusto) no necesariamente son incompatibles con un Derecho penal que tenga como misión fundamental la protección de bienes jurídicos, es innegable que las teorías que asumen una postura dual respecto a la fundamentación de aquél, resultan mucho más consecuentes con el reconocimiento de dicha misión, al conferir efectos dogmáticamente relevantes a la afectación de aquéllos.

De hecho, parece claro que en ordenamientos jurídicos con opciones político criminales como la de atenuar la punición de la tentativa respecto a la consumación⁴⁹, los efectos para el bien jurídico de la actuación llevada a cabo por el destinatario de la norma, no

⁴⁸ Sobre estas dos perspectivas LUZÓN PEÑA manifiesta que la norma es norma de valoración “en un doble aspecto: primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica y, en segundo lugar, en cuanto que desvalora en consecuencia la conducta que en determinadas circunstancias ataca tal bien jurídico protegido y por ello también el orden jurídico”, *Curso*, p. 341; STRATENWERTH destaca también las distintas acepciones de la función de valoración; cuando expresa que en uno de sus sentidos: “Las normas de valoración contienen la descripción completa del ilícito... Las normas de determinación presuponen lógicamente, por su parte, las normas de valoración”, “Disvalor de acción y disvalor de resultado”, p. 46; CUELLO CONTRERAS, *El Dp español*, T. I, 3 ed., p. 436; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 335-336.

⁴⁹ Esta diferencia en el tratamiento del delito tentado y del consumado podría explicarse a partir de un “error de la ley”, como lo hace SANCINETTI (*Fundamentación subjetiva del ilícito*, p. 289), al proponer una construcción dogmática no solo al margen, sino contraria a la regulación legal; al partir de unas opciones político-criminales que no son las de los Legisladores de los países de nuestro ámbito de cultura jurídica, y que, por demás, parecen más satisfactorias que las adoptadas por este autor.

son irrelevantes en la configuración del injusto⁵⁰, si se tiene en cuenta que la tentativa se diferencia de la consumación justamente por la ocurrencia del resultado de lesión del bien jurídico protegido. Identificada dicha opción, el paso siguiente consistirá en indagar por las razones que justifican esa gravedad dispar de ambas hipótesis, y por la pertinencia del traslado de dichas razones a la estructura del tipo imprudente.

La doctrina ha propuesto varios argumentos para justificar la adscripción del desvalor de resultado a la estructura del injusto. Al analizar la cuestión, STRATENWERTH destacó una serie de razones, no todas igual de convincentes, por las cuales dar cabida en el injusto al desvalor de resultado. Ellas tendrían que ver con el sentimiento jurídico, pues la comunidad no valora de igual manera la producción del resultado que su ausencia⁵¹, con la atribuibilidad al sujeto de los efectos de su actuación⁵², el principio de culpabilidad⁵³ y la misión del Derecho penal⁵⁴.

⁵⁰ En este sentido, por todos, ROXIN: “mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa”, *DP, PG*, T. I, p. 323. Y en sentido similar HIRSCH: “Una tajante separación de lo injusto antes y después de la tentativa acabada, deja fuera de consideración que la pretensión del ordenamiento jurídico al establecer prohibiciones es la protección de bienes jurídicos y, en primera línea, por ello, la evitación de la consumación”, “Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, pp. 771, 772.

⁵¹ No obstante lo cual, acepta que éste no es un argumento definitivo, pues “Nuestro sentimiento jurídico podría haber quedado atado a una idea anticuada del resultado y estar necesitado de revisión. Y aunque la regulación legal vincula al Juez, no puede evitar que nos preguntemos si, por su parte, resulta justificada en la realidad”, STRATENWERTH, “Disvalor de acción y disvalor de resultado”, p. 52.

⁵² En este sentido señala que “... es correcto decir que no pueden ser prohibidas o mandadas la producción o la ausencia del resultado, sino solo *acciones*. Pero esto de ningún modo significa, a la inversa, que el autor no tenga nada que ver con el resultado, *¡cuando él se produce!*”, STRATENWERTH, “De la relevancia del Disvalor de resultado”, p. 78.

⁵³ “Si se pone como fundamento,..., un concepto de culpabilidad referido al hecho como totalidad que comprenda la realización antijurídica del tipo, entonces, la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida del perjuicio y menoscabo a los bienes, que sean ocasionados al afectado de modo reprochable”, STRATENWERTH, “De la relevancia del Disvalor de resultado”, p. 79.

⁵⁴ Así, expresa: “Aquí se plantea ante todo la cuestión más fundamental de en qué moderaciones de la ley penal se puede fundar que puntos de vista tan esenciales como la gravedad de la lesión de la víctima o la perturbación

A consideraciones como las anteriores, en aras de reforzar el porqué de la pertenencia del resultado a la estructura del injusto, se agregan otras, cuestionables, relativas a que en los eventos en los que el resultado tiene lugar, es mayor el merecimiento de pena, toda vez que la acción causante del mismo “en mayor grado quebrantará la vigencia de las normas”⁵⁵.

Junto a dichos argumentos, debe reconocerse que la decisión político criminal de punir con mayor severidad el delito consumado que el tentado se puede justificar en el hecho de que el Legislador atiende a la mayor gravedad e impacto social de los hechos de los que se deriva un resultado lesivo, frente a los que solo generan una determinada situación de riesgo, sin alcanzar a consumir la lesión⁵⁶. No debe olvidarse que, justamente, es la pretensión del ordenamiento jurídico de evitar esos resultados en cuanto materialización de la afectación del bien jurídico, lo que da lugar a la previsión normativa de los correspondientes delitos⁵⁷.

Si el injusto delimita el ámbito de lo relevante para el ordenamiento jurídico, resulta comprensible que recoja en su estructura lo referente a la efectiva afectación del bien jurídico.

La conjunción de los diversos criterios desarrollados por la doctrina en torno a este problema, permite afirmar que tanto desde la perspectiva político-criminal, como desde la estrictamente dogmática, la opción de atribuir al desvalor de resultado el carácter de elemento estructural y fundante del injusto, resulta bastante más satisfactoria que la opción que le niega dicho carácter. Sostener que el resultado es obra de la actuación del sujeto y constatar el desarrollo de una estructura conceptual que de manera satisfactoria posibilite la vinculación

de la paz jurídica no puedan “alcanzar” al ilícito, ni a la culpabilidad”, STRATENWERTH, “De la relevancia del Disvalor de resultado”, pp. 82-83.

⁵⁵ En este sentido, ALCÁCER, *La tentativa inidónea*, p. 440.

⁵⁶ Así por ejemplo, GIL GIL: “En mi opinión si el efecto de pacificación jurídica, consistente en la confianza de los ciudadanos en que el Derecho se cumple, exige una pena adecuada al resultado producido, es porque el resultado forma parte de lo injusto que merece ser castigado”, *El delito imprudente*, p. 98.

⁵⁷ MIR PUIG expone esta idea, para someterla después a crítica, “Función de la pena y teoría del delito”, p. 66. FRISCH coincide parcialmente con dichos argumentos, pero vincula la cuestión al sentido de la intervención penal al señalar que: “Concentrar la punición en casos de conductas defectuosas con consecuencias ha de tener que ver con que el empleo de la pena aparece como especialmente indicado y legítimable para restablecer la paz jurídica, para reforzar la pretensión de validez de la norma y por tanto para proteger los bienes jurídicos, poniendo de manifiesto la inquebrantabilidad de la norma en los casos de conducta defectuosa con consecuencias”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 547.

del hecho con la actuación, incluso aunque se considere que el objeto primario de prohibición de las normas penales es el comportamiento humano, como en efecto lo es, es una postura más coherente que la que niega al resultado dicho papel.

De esa manera, aunque sea válido el argumento según el cual en algunos casos las personas pueden no tener un dominio pleno de todas las variables que entran en juego para determinar la producción causal de un resultado, no parece correcto concluir que el resultado que se imputa a la actuación constitutiva de un injusto penal sea una obra del azar⁵⁸; la incontrollabilidad en algunos eventos de todos los desarrollos del devenir causal, no implica que la causalidad deba tenerse por inexistente o que sea, por lo “fortuita”, un presupuesto inseguro del injusto.

Negar la capacidad de dominio sobre el resultado implica desconocer hechos evidentes en la cotidianidad: la construcción de obras civiles que debido al adecuado proceso de diseño no se vienen al suelo aun después de muchos años de su terminación, es una prueba de que como regla general, las personas tienen la capacidad de configurar los efectos de sus actuaciones, que por ello se les atribuyen, al igual que la autoría de un artículo científico o literario, o el asesinato o la injuria a otra persona. El que en ciertas situaciones el puente que se estaba construyendo, el artículo que se escribía, o el homicidio o las injurias que se pretendía ejecutar no lleguen al fin previsto por su ejecutor, por circunstancias no dominables por él o ajenas a su voluntad, no significa que el logro de las mismas, cuando se realiza, le sea extraño, o un mero fruto del azar.

La asignación de un papel determinante al azar en la ocurrencia del resultado de lesión del bien jurídico debe analizarse, entonces, en función de la pertinencia de imputar resultados a sujetos que no podían advertir la operancia de los procesos causales en los distintos momentos constitutivos de su ocurrir, lo que no parece procedente en virtud del principio de responsabilidad subjetiva; o como factor explicativo en algunas situaciones de la no

⁵⁸ Asumiendo una posición dual, que destaca el carácter azaroso del resultado, pero pese a ello su pertenencia al injusto, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: “La afirmación del resultado como componente de azar, en sustancia correcta, no puede entenderse como equivalente de indiferencia de resultado. Esta implicancia deriva de la pretensión de excluir el azar del derecho penal, cuando ello es absolutamente imposible, dado que también hay un componente de azar en la producción del resultado doloso,... el resultado culposo se desvincula de la voluntad solo como contenido querido por ésta, pero permanece en relación con ella a través de la violación del deber de cuidado o creación del peligro prohibido, que debe ser determinante del resultado”, *DP, PG*, 2 ed., pp. 528, 529.

ocurrencia del resultado que sin la intervención de los factores con cuya concurrencia no contaba el agente y que le eran ajenas, determinaron que aquél no se produjera, como sucede en la tentativa.

La impunidad de los eventos en los que el resultado de una actuación imprudente no se produce por la intervención de factores no dominados por el sujeto activo no tendría por qué generar conflictos en un ordenamiento jurídico respetuoso de las reglas que él mismo ha desarrollado para la imputación de resultados, y del principio de responsabilidad subjetiva⁵⁹.

De todas maneras, cabe anotar que la consideración del resultado y del desvalor consiguiente a él, como un producto del azar no ha justificado, ni siquiera para los defensores más radicales de tal planteamiento, su total proscripción en la determinación de los efectos de la actuación del ciudadano. Así, algunos autores escépticos con su papel como elemento del injusto, le han atribuido, sin embargo, el de condición objetiva de punibilidad que, en cuanto tal, supondría estructurar el delito solo a partir del desvalor de acción⁶⁰.

⁵⁹ Así, ALCÁCER “Mientras que no hay obstáculo para tomar en consideración el componente de azar a favor del autor dejando impunes o rebajando la pena en casos en que ese resultado no se ha producido, la responsabilidad por un resultado producido por azar sería a todas luces injusta”, *La tentativa inidónea*, p. 431. En sentido similar, CADAVID, *Introducción a la teoría del delito*, pp. 214-217.

⁶⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ: “En todo caso, lo que debe quedar claro es que el resultado no pertenece al ámbito de la antijuridicidad penal. Ello, por razones tanto estructurales como materiales: estructurales, por el mecanismo de intervención de la norma primaria penal; materiales, *porque la producción del resultado nada añade a la peligrosidad de la conducta*, por lo que, en realidad, el juicio en virtud del cual se determina que una conducta es lo suficientemente grave como para que sea necesario y legítimo prohibirla bajo la amenaza de pena en nada se ve afectado por el factor (dependiente del azar) de la producción o no producción de aquél. Pero ello no resta nada de su importancia político criminal al resultado. Este se mantiene como un elemento decisivo condicionante de la aplicación de la norma secundaria, de modo que cuál sea el resultado (...) que se produzca condiciona la necesidad de pena y la propia punibilidad o la medida de la misma”, *Aproximación*, p. 389, cursiva añadida; en sentido similar, CUELLO CONTRERAS, *El Dp español*, 3 ed., pp. 476-477; PORTILLA, “Tema 19”, p. 388.

Aunque ha procurado matizar sus planteamientos, resaltando la relevancia para el injusto de la afectación del bien jurídico, coincide con este planteamiento MIR PUIG: “Por mi parte, creo que, ciertamente, la causación del resultado *no aumenta* la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Eso no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiere... En suma: la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión”, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 11, nro. 51, p. 295 (cursiva en el original).

Para los defensores de este planteamiento, el resultado de afectación del bien jurídico es un criterio fundamental para la asignación de consecuencias penales a la actuación. Y, por ende, se constituye en un instrumento adecuado para seleccionar de entre todas aquellas conductas constitutivas de injusto penal, las merecedoras de sanción.

Por esta vía, también los defensores de este planteamiento destacan la importancia del desvalor de resultado, como desarrollo dogmático del principio de lesividad, al que por razones de coherencia estructural⁶¹, pero con unos fundamentos discutibles, se pretende excluir del injusto⁶².

Las ventajas de esta última teoría apenas si son reconocibles, pues si lo que se pretende es evitar la “vergonzante responsabilidad por el azar” de que hablara RADBRUCH⁶³, el efecto de la misma, es decir la imposición de la pena, en cualquier caso quedaría condicionada a un elemento que con independencia de su ubicación dentro de la estructura del delito tendría un carácter casual y azaroso, con lo que el problema, más que solucionarse, se cambiaría de lugar. Esa propuesta entonces, no parece en realidad constituir la solución del problema planteado por quienes la han elaborado⁶⁴, y sus planteamientos no superan en capacidad de

⁶¹ Que los efectos de tratar al desvalor de resultado como elemento del injusto o como condición objetiva de punibilidad no son sustancialmente diversos, lo expresa ALCÁCER (*La tentativa inidónea*, pp. 424 y ss.), al entender que no hay diferencias en lo relativo a la necesidad de pena, a las exigencias garantísticas, a la imputación subjetiva del resultado, ni a los efectos de la no ocurrencia del resultado, o a las exigencias materiales de lesividad en lo relativo a la tentativa inidónea.

⁶² Así, SILVA SÁNCHEZ “...el resultado, entendido en el sentido de “realización de la tipicidad *ex post*” (lesión o puesta en peligro del bien jurídico correspondiente), esto es, como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al de la norma secundaria. Es, pues, una cuestión que afecta a la “sancionabilidad penal” del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia “prohibición penal” del mismo”, *Aproximación*, p. 416.

⁶³ GIMBERNAT, atribuye a este autor la expresión inicial de esta idea, que se ha convertido en un lugar común en la doctrina, “Prólogo” a ALCÁCER, *La tentativa inidónea*, p. XVI.

En una línea más radical incluso SANCINETTI califica de “irracional” la imputación de responsabilidad asociada al disvalor de resultado, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 126.

⁶⁴ En sentido similar GIL GIL: “es correcta en mi opinión la denuncia de la incoherencia que supone negar relevancia al resultado en lo injusto para a continuación erigirlo en criterio de apreciación de la necesidad de pena”, *El delito imprudente*, p. 93.

convicción a los de quienes sostienen que el resultado es un elemento constitutivo del injusto penal.

Por ende, aunque en los resultados finales no se presentaran diferencias sensibles entre los dos planteamientos, razones de ordenación conceptual confieren mayor coherencia al planteamiento que atribuye al desvalor de resultado un papel constitutivo del injusto; entre otras razones, porque su consideración como fruto del azar (que es el argumento que se encuentra en la base de quienes la atribuyen el carácter de condición objetiva de punibilidad), resulta muy cuestionable.

Así las cosas, y en función del punto de partida propuesto, aquí se asume que la producción de los resultados no es una cuestión ajena al juicio de prohibición o de mandato, pues acción y resultado de lesión del bien jurídico constituyen un todo inescindible que es objeto de (des-)valoración conjunta⁶⁵, determinando el último, en gran medida, la entidad del desvalor que sobre ese proceso complejo emite el ordenamiento jurídico.

En conclusión: si bien el comportamiento, en sentido amplio, es desaprobado mediante la emisión de un juicio de desvalor, en la medida en que mediante él se transgredan el mandato o la prohibición contenidos en la norma, ese solo juicio no agota el contenido del injusto, que también comporta una valoración sobre los efectos del comportamiento en relación con el bien jurídico.

⁶⁵ Sobre esta cuestión ROXIN toma decidido partido en favor de que también el resultado es objeto de prohibición: “La frase de que solo se pueden prohibir acciones y no resultados solo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente causales e incalculables de aquéllas,... Por tanto, en Derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción; pero perfectamente se puede prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido”, *DP, PG*, T. I., § 10, nro. 96, p. 324.

En sentido similar se pronuncian LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 324, señalando que no puede existir desvalor de resultado sin un previo desvalor de acción; ALCÁCER, *La tentativa inidónea*, pp. 432, 433; y HIRSCH, “Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, p. 773.

Rechazando que la configuración dual del injusto obedezca a “la fundamentación quizás excesivamente simple,..., de conceder a la norma un doble carácter: norma de determinación a la vez que norma de valoración”, GIL GIL hace un recuento de las razones que permiten incluir el desvalor de resultado en lo injusto, *El delito imprudente*, pp. 107 para lo citado y 113.

Para un Derecho penal protector de bienes jurídicos, constatada la existencia de todos los criterios de atribución jurídica del resultado, la causalidad incluida⁶⁶, su lesión efectiva y su puesta en peligro no tienen la misma trascendencia: las consecuencias lesivas de la actuación para el bien jurídico (que son diferentes en ambos casos) constituyen justamente lo que la norma pretendía evitar.

En el contexto de lo expresado, resulta entonces muy cuestionable considerar que el resultado sea fruto del azar: existen razones más allá de la suerte que permiten atribuírselo a la actuación ilícita, aunque deba reconocerse que en algunos casos circunstancias no dominadas por el sujeto, pudieran determinar su no producción⁶⁷.

Sobre las bases expresadas en este trabajo se considera el resultado un elemento integrante de la estructura del injusto y fundante de la misma; postura que se entiende más coherente y político-criminalmente más satisfactoria⁶⁸.

B. EL CONCEPTO DE RIESGO Y LA FUNDAMENTACIÓN DEL INJUSTO

En la doctrina reciente se relacionan los dos juicios de desvalor sobre los que habitualmente se ha fundado el injusto, con el concepto de riesgo o de peligro; y aunque, como se señaló en su momento, no se trata de un concepto nuevo, ni es novedosa su relación

⁶⁶ Sobre esta cuestión y desde perspectivas contrarias pueden verse los planteamientos de GIMBERNAT “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, pp. 190 a 200, y PAREDES CASTAÑÓN, “De nuevo sobre el caso de la colza: una réplica”, p. 93.

⁶⁷ En este sentido, HAVA GARCÍA: “...el hecho de que algunos comportamientos descuidados no provoquen resultados desvalorados gracias a la buena suerte, no impide constatar que en otros supuestos, los verdaderamente relevantes para el Derecho penal, ese resultado no ha sido ya causa del azar, sino de una infracción de cuidado”, *La imprudencia inconsciente*, p. 42.

⁶⁸ Así, FEIJOO: “...el resultado típico es la concreción de la prohibición o mandato, solo así puede cumplir la imputación del resultado su función explicativa y su función legitimadora... La aparición o no de un resultado no influye en la definición de una conducta como contraria a deber, pero con él se completa el tipo de injusto como hecho con relevancia social...”, *El injusto penal y su prevención*, p. 114; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: “Sin el resultado -que en toda tipicidad tiene un cierto componente azaroso- no hay pragma típico porque no hay conflicto o éste tiene incidencia mucho menor o ínfima. Desde el punto de vista de la conflictividad social, no pueden equipararse las situaciones de quien viola el deber de cuidado sin producir resultado alguno y de quien lo hace con producción de múltiples muertes”, *DP, PG*, 2 ed., p. 555.

con la configuración del injusto penal, puede afirmarse que en los últimos años ha alcanzado un papel muy relevante en dicha configuración. Tanta, como para haber motivado un completo replanteamiento del contenido de los dos juicios de desvalor, especialmente el desvalor de acto, que de estar centrado en el aspecto *subjetivo* de la actuación, viene siendo reformulado en función de la generación de riesgos jurídicamente desaprobados. Algunos de los aspectos que la doctrina clásica analizaba en el tipo subjetivo, nucleares en la fundamentación anterior del desvalor de acto, como la previsibilidad, determinan para la doctrina reciente la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Aunque las ideas rectoras de dicho proceso ya han sido sugeridas, se retomarán brevemente a fin de describir la evolución del proceso teórico que ha permitido llegar hasta este nuevo planteamiento, y, por supuesto, sentar las bases de los conceptos por desarrollar más adelante.

Una idea fundamental en todo este proceso, y que ha alcanzado gran difusión en el último tiempo, es aquélla según la cual la protección penal de bienes jurídicos en el Estado social y democrático de derecho, tiene lugar en una de sus fases iniciales mediante la emisión de mensajes normativos a los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas generadoras de riesgos para dichos bienes⁶⁹. Ello significa que en el momento en el que se establece una relación *dialogal* con el ciudadano, que es el de la realización de los comportamientos, la norma busca motivarlo para que no genere con ellos determinada clase de riesgos para los bienes jurídicos. En esas condiciones, la peligrosidad para los bienes jurídicos fundamenta⁷⁰ la prohibición del comportamiento; por ello, si éste carece de peligrosidad para el bien jurídico⁷¹, resulta jurídicamente irrelevante⁷².

⁶⁹ Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ: “El fundamento de lo injusto ... es ... la conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales” *Aproximación*, p. 386; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 109; o SOLA RECHE, “La peligrosidad de la conducta”, p. 175.

⁷⁰ En la doctrina española han sido pioneros de esta línea de análisis los aportes de MIR PUIG (por ejemplo, en “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, pp. 58-59), con cuyas conclusiones se manifiestan en desacuerdo COBO-VIVES, para quienes: “no se entiende por qué habría, en un Estado social y democrático de Derecho que desplazar el centro de gravedad del Derecho penal desde el momento de la efectiva producción del resultado al de la creación del peligro, con la consiguiente reducción de la esfera de libertad. El carácter fragmentario del Derecho penal y la tendencia a maximalizar la libertad propia de un Estado de derecho (sean cuales sean los objetivos que lo califiquen) parecen poco compatibles con el “adelantamiento de las líneas de defensa” penal propuesto por MIR PUIG”, *DP, PG*, 5 ed., p. 300.

Con ello se produce un desplazamiento en el énfasis de lo que constituye el objeto del juicio de desvalor, desde la faceta *subjetiva* de la actuación, que destacaba la tradicional caracterización del desvalor de acto, hacia una perspectiva *objetivada*: solo será relevante para el Derecho penal el comportamiento que genere riesgos para el bien jurídico⁷³.

Por la vía referida, se concluye que el objeto primario de la prohibición es la conducta riesgosa; sin embargo, los estudios sobre el concepto de riesgo han destacado su “ubicuidad”, es decir, la constante exposición de los bienes jurídicos a riesgos de distinta clase⁷⁴, lo que exige una calificación ulterior de éstos para determinar su relevancia jurídica: solo la creación de riesgos desaprobados jurídicamente será abarcada por la norma de prohibición⁷⁵.

⁷¹ Con una interpretación que incluso va más allá, afirma WOLTER que “La exclusión de toda imputación objetiva en un *comportamiento socialmente adecuado* concierne a un nivel del sistema que está antes del tipo objetivo del ilícito”, “La imputación objetiva y el sistema moderno del DP”, p. 66, cursiva en el texto.

⁷² Así, MIR PUIG: “no tiene sentido entender que la conducta no peligrosa era una de las que quería evitar la ley con la tipificación penal de la producción del resultado, puesto que dicha tipificación *no puede* esperar del ciudadano que, para evitar producir el resultado típico, deje de realizar conductas que no parecen en absoluto capaces de producirlo”, “Significado y alcance de la imputación objetiva”, p. 403; y HIRSCH: “Por razones fundadas, en la mayoría de los ordenamientos del mundo,..., no se considera punible el intento objetivamente no peligroso (*ex ante*) dado que se trata en este caso de un Derecho penal de la actitud interna (*Gessinnungsstrafrecht*)”, “Los conceptos de “desvalor de acción” y de “desvalor de resultado o sobre el estado de cosas”, p. 768.

⁷³ En este sentido, manifiesta FRISCH que “Dentro de esta visión dualista dominante del injusto solo hay discrepancia acerca de los criterios exactos del injusto de acción, y consiguientemente acerca de la delimitación entre desvalor de acción y de resultado: de acuerdo con una de estas concepciones, el desvalor de acción presenta, junto a la decisión del hecho delictivo, elementos específicamente *objetivos*, que caracterizan especialmente la forma de comisión del hecho. Para la otra, el desvalor de acción se agota, por el contrario, en el llamado desvalor de intención, esto es, en la puesta en práctica de la intención dirigida a realizar el desvalor de resultado o de hecho, mientras que los elementos objetivos se imputan directamente al desvalor de resultado o de hecho”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 39.

⁷⁴ Ya WELZEL señalaba que: “El ordenamiento jurídico no puede exigir, a nadie, más que la observancia del cuidado necesario en el tráfico, pues de lo contrario tendría que prohibir casi todas las acciones en la vida social”, *El nuevo sistema del DP*, pp. 117,118.

⁷⁵ Al aludir a las normas extrapenales como criterios de permisión de riesgos, manifiesta FRISCH que: “El riesgo que permanece inevitablemente aun observando el catálogo de reglas, en cierto modo el riesgo residual o riesgo básico del ámbito vital o subsistema regulado de tal modo, es riesgo tolerado, admisible”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 108.

Sin embargo, antes de adentrarse en las condiciones que determinan la desaprobación o la correlativa permisión del riesgo o peligro, son necesarias algunas consideraciones sobre este concepto, que no admite una interpretación unívoca, y que además se manifiesta relevante en momentos diversos del análisis de la actuación. Las líneas siguientes se dedicarán a especificar sus principales sentidos, en relación con lo que será objeto de la exposición ulterior.

1. Los juicios de peligrosidad y de peligro

La indagación por la relevancia penal de la actuación de una persona tiene lugar una vez que ella ha sido realizada, y sus efectos, producidos; sin embargo, el juicio de ilicitud exige diferenciar varios momentos en relación con el concepto de peligro, que son objeto de análisis desde perspectivas diversas.

Por lo pronto, cabe destacar que el enjuiciamiento de la relación entre el comportamiento y los riesgos generados por éste para el bien jurídico, supone diferenciar el momento de la actuación y el de la producción de sus efectos.

La valoración del comportamiento, atendido el momento de su realización, implica un juicio de peligrosidad, que supone un pronóstico acerca de su potencialidad lesiva. Tras éste, pues secuencialmente es posterior, se formula un juicio en el que se indaga por los efectos de la actuación; tratándose de constatar la situación o estado *espacio-temporal*⁷⁶ en que entró el bien jurídico por la realización del comportamiento⁷⁷.

⁷⁶ Según criterios que HIRSCH atribuye a LENCKNER, “Peligro y peligrosidad”, pp. 516-517; en sentido similar al del texto, ALCÁZER GUIRAO, “El juicio de adecuación de la conducta”, p. 482; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 54.

⁷⁷ Con todo, no son extrañas a la doctrina otras formulaciones en relación con el concepto de riesgo o de peligro, distintas de las que se están mencionando. Así por ejemplo, en un texto en el que se analiza el concepto de peligro relevante para el estado de necesidad, y en la que se propone además una revisión de la caracterización tradicional de los delitos de peligro concreto y abstracto, HIRSCH emplea un concepto de peligro que ha de determinarse sobre bases distintas: “para el peligro la prognosis posterior se basa en circunstancias objetivas cognoscibles de la situación temporal-espacial del bien jurídico, y que requiere de un juicio competente, incluso experto en su caso, frente a la peligrosidad concreta para la que basta la prognosis posterior de un tercero inteligente colocado en la posición del autor y de su mismo círculo”, “Peligro y peligrosidad”, p. 523.

Esa visión plural del riesgo o del peligro es lo que permite a sectores importantes de la doctrina replantear el juicio de desvalor de acto, no ya en términos del posicionamiento del sujeto frente a la norma, y en concreto como una cuestión de concurrencia de dolo o imprudencia, sino como pronóstico de generación de riesgos jurídicamente desaprobados⁷⁸, al entender que el momento en el cual se hace el llamado de la norma al ciudadano para que se abstenga de realizar comportamientos que pudieran generar riesgos que en el caso de la imprudencia quedan fuera de control, es el de la actuación⁷⁹. Así, el desvalor de acto pasa a ser entendido de una manera que incorpora un componente de peligrosidad desaprobada, lo que como se verá más adelante, no implica una prescindencia de elementos relativos a la posibilidad de representación, pero incorporados ya de manera explícita a la calificación del riesgo.

Por su parte, la doctrina mayoritaria entiende el desvalor de resultado en función del estado en que la actuación ha puesto al bien jurídico, teniendo en cuenta una serie de factores valorativos que permitirán la atribución de dicho estado a la actuación generadora de riesgos jurídicamente desaprobados. Ello permite exigir, para la configuración del injusto, una consonancia entre los juicios de peligrosidad y de peligro, de manera que si el efecto de la actuación sobre el bien jurídico es producto de alguna situación no comprendida en el juicio de peligrosidad, aquél no podrá atribuírsele al autor.

⁷⁸ En algunos autores no resulta claro si el juicio de pronóstico es una valoración sobre la peligrosidad que incluya su desaprobación jurídica. RUDOLPHI por ejemplo, cuando analiza el objeto de la prohibición por la norma se refiere solo a la creación de riesgos, al señalar que dicho objeto: “Solo pueden ser acciones que -contempladas desde el punto de vista *ex ante*-, según el conocimiento empírico de nuestro tiempo, lesionarían de modo posible, probable, o incluso con una probabilidad rayana en la seguridad, el bien jurídico respectivamente protegido. Las prohibiciones jurídico-penales, por tanto, contienen solo prohibiciones de acciones objetivamente peligrosas”, “El fin del Dp del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, p. 87. Sin embargo, más adelante matiza que no cualquier generación de riesgo puede ser relevante para el Derecho penal, que por ello debe seleccionar determinados factores de riesgo.

Al respecto, hay que señalar que la peligrosidad de la actuación debe ser jurídicamente desaprobada, sin que baste su sola capacidad lesiva para conferirle relevancia jurídica al comportamiento. SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, habla de un juicio de antijuridicidad en el que solo se tengan en cuenta riesgos calificados por su entidad, *Aproximación*, p. 387; en sentido similar, FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 239.

⁷⁹ Por ello señala FRISCH que “...únicamente un peligro cognoscible en la situación en que se actúa puede ser coherentemente objeto de una norma de conducta”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 86.

El juicio de peligrosidad implica reconocer que no toda situación de compromiso efectivo para el bien jurídico como consecuencia de un comportamiento pudo ser cognoscible al momento de realizar la conducta; y además, a partir de las exigencias de consonancia que debe haber con el peligro ulterior, permite entender que para la configuración del injusto, todo resultado que materialice la afectación del sustrato material del bien jurídico debe estar precedido de un riesgo efectivo que se corresponda con los riesgos objeto de desaprobación *ex ante*, lo que habrá de determinarse teniendo en cuenta todos los elementos que haya podido recopilar el juez, aunque solo se hayan advertido con posterioridad a la realización del comportamiento. Esto es consecuencia de la adaptación en este ámbito de una perspectiva *ex post*⁸⁰.

Así las cosas, sucesos o datos inaprehensibles en el momento del juicio de pronóstico no pueden fundamentar la ilicitud de la actuación; pero sí pueden resultar determinantes para definir si el proceso de riesgo que se materializó en el resultado fue distinto del creado ilícitamente por el sujeto.

Por ende, si se asume una concepción dual del injusto, como aquí, la no cognoscibilidad al momento de actuar de elementos que varían sustancialmente los efectos del comportamiento, implicará que aquél no deba entenderse configurado, pues sobre lo inaprehensible cognitivamente en el momento de la realización del comportamiento no se puede fundamentar la responsabilidad penal.

2. El juicio de peligrosidad y la perspectiva *ex ante*

Como ya se expresó, no cualquier riesgo de ocurrencia del resultado es jurídico-penalmente relevante; en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, solo lo serán aquéllos que hubiera debido advertir el sujeto activo de la actuación, teniendo en cuenta la

⁸⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA: “en el enjuiciamiento del peligro como estado que sigue a la ejecución de la acción y que precede a la lesión son tenidas en cuenta todas las circunstancias conocidas después de la producción del resultado, aunque irreconocibles *ex ante*. Impera, por tanto, un punto de vista *ex post*”, *Imputación objetiva*, pp. 55-56.

A esto habría que añadir que las circunstancias a tomar en consideración en el juicio *ex post* pudieron ser cognoscibles o irreconocibles *ex ante*, caso este último en el cual, se excluirá la ilicitud.

actividad que se aprestaba a desplegar⁸¹; lo cual significa que según el sector de actividad social en que se vaya a actuar, el ordenamiento jurídico presupone un determinado nivel de cognoscibilidad de riesgos, y solo los que queden dentro de ese umbral habrán de ser base adecuada del juicio de antijuridicidad.

El enjuiciamiento de la actuación según el momento en que fue realizada por el sujeto activo y con la información de la que el ordenamiento jurídico asume que se debió disponer en ese momento, es lo que permite hablar de una perspectiva *ex ante*⁸², y solo desde ese punto de partida, la norma pretende evitar el comportamiento peligroso⁸³.

⁸¹ “Las normas de conducta tan solo pueden apoyarse en datos que en el momento (anterior) a la acción sean accesibles al destinatario de la norma. Ello forma parte de las condiciones elementales de existencia del Derecho”, W. FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 239; “Las normas pretenden regular las conductas de los ciudadanos y de los jueces. Para conseguirlo, las normas tendrán que incidir en un momento en que los ciudadanos y los jueces estén a tiempo de adaptar sus conductas a lo pretendido por la ley... En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir solo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*)”, MIR PUIG, La perspectiva “*ex ante*”, p. 95; también, en sentido similar, JAKOBS, “En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya por su forma, no suponen defraudación de expectativas,... La concreción de las referidas acciones, en esta función del riesgo permitido, debe llevarse a cabo *ex ante*, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción. Además debe surgir una forma de la acción aceptable en general, es decir, la determinación ha de ser objetiva”, *DP, PG*, 2 ed., p. 250; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 388.

⁸² En este sentido, los resultados de la construcción teórica parecen conducir a adoptar elementos que, como la previsibilidad, son objeto de rechazo por algunos sectores de la doctrina.

La teoría de la imputación objetiva acepta que en el momento del juicio de peligrosidad, cuando se determina si el riesgo es jurídicamente desaprobado, se retoman los elementos de la teoría de la adecuación. Un análisis detallado de esta cuestión en BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, pp. 153 y 154.

⁸³ Ello implica además que las condiciones materiales que determinan la desaprobación jurídica del riesgo han de estar comprendidas en el juicio de pronóstico de que trata la peligrosidad.

Sobre la relación entre la perspectiva *ex ante* y la función de llamada de la norma existen planteamientos reiterados en la doctrina. A manera de ejemplo, MIR PUIG: “Para decidir si un determinado comportamiento se halla o no prohibido por la ley penal, habrá que contemplar las características que manifiesta *ex ante*, cuando aún puede ser evitado. No cabe esperar a comprobar si, una vez realizado, el hecho resulta ser realmente como parecía, porque en un Derecho preventivo la decisión de prohibir o no prohibir el hecho debe adoptarse definitivamente antes de que el mismo se haya producido”, “La perspectiva *ex ante*”, p. 100.

La valoración desde la perspectiva *ex ante*, supone que el deber de conducta (o de cuidado) se determina en atención a lo que se hubiera representado un observador objetivo ubicado en la posición del autor⁸⁴, que cuente con la información y las capacidades presupuestadas por el ordenamiento para la realización de esa conducta en el correspondiente sector de tráfico jurídico, más los conocimientos y habilidades especiales en posesión del agente⁸⁵.

Como ya se adelantó, tras este análisis inicial, deberá indagarse si el riesgo es permitido o desaprobado (y si se cumplen otros requisitos típicos, como los referidos a la eventual calificación del sujeto activo); y con posterioridad a esto, se debe desarrollar el proceso de imputación del resultado al autor.

Así las cosas, las perspectivas *ex ante* y *ex post* se diferencian inicialmente, según el momento de referencia desde el cual se formulan los juicios que cada una de ellas implica; sin que se agoten así todos los aspectos relevantes para el enjuiciamiento de los hechos, pues tras este punto de partida, aún es necesario concretar cuestiones como la relativa a la naturaleza y a la clase de conocimientos exigidos por cada uno de tales juicios.

3. La perspectiva *ex ante* y la previsibilidad de los efectos de la actuación

El de previsibilidad, al permitir desarrollar las exigencias del principio de responsabilidad subjetiva, ha sido un concepto de gran tradición en la doctrina jurídica; que en el último tiempo, sin embargo, ha experimentado un proceso creciente de descrédito. De él se

En sentido similar, en cuanto a la función del Derecho penal y a su relación con el ciudadano, aunque rechazando que de ello se derive la necesidad de adoptar una perspectiva *ex ante* para determinar la ilicitud penal, MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad penal*, p. 416.

⁸⁴ La alusión a un observador objetivo situado en la posición del autor goza de general aceptación en la doctrina. Al respecto pueden verse, MIR PUIG, “La perspectiva *ex ante* en Dp”, p. 98; *DP, PG*, 8 ed., Lecc. VI, p. 167, nro. 56; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 338; SCHÜNEMANN, por su parte, alude a “la perspectiva del juez que valora el caso”, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 83.

⁸⁵ “La perspectiva de la que debe partirse en la antijuridicidad debe ser, pues, una perspectiva *ex ante* y que contemple el hecho objetivamente. Ello remite al punto de vista del hombre medio situado mentalmente en la posición del autor en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener aquél (el autor)”, MIR PUIG, “La perspectiva *ex ante* en Dp”, p. 101. Sobre el papel de los conocimientos y habilidades especiales, cfr. apartado II.A.I.d.,v

han cuestionado su utilidad, su pertinencia, y hasta su contenido, para concluir los autores escépticos con él, que sería irrelevante, dadas las posibilidades explicativas que ofrece la perspectiva *ex ante*.

La perspectiva *ex ante*, como se manifestara unas líneas atrás, incorpora elementos adicionales a la posible representación de los efectos de la actuación por el actor, relacionados con la licitud del proceso de riesgo, por lo que pudiera considerarse que ocupa el papel que tradicionalmente se le confirió a la previsibilidad de los efectos de la actuación en la determinación de lo ilícito; sin embargo, no se puede desconocer que la posibilidad de representarse los efectos de la actuación, condiciona el marco externo de lo punible, y se constituye así en un factor determinante de la responsabilidad penal. Desde una perspectiva *ex ante* no resulta justificado sancionar comportamientos cuyos efectos no se hubieran podido prever.

Dada la relación entre ambos conceptos y el papel que el componente de previsibilidad cumple en la restricción de la punibilidad, en las líneas siguientes se expondrán algunos de los problemas más relevantes que se plantean en relación a él, en aras de precisar lo que ofrece este concepto a la delimitación del marco externo de lo punible.

a. El objeto del juicio de previsibilidad

Uno de los factores que propiciaron el descrédito del concepto de previsibilidad, fue la confusión entre una previsibilidad “natural y abstracta”, y lo que jurídicamente hubiera de entenderse como objeto de posible aprehensión cognitiva por parte del sujeto.

La posibilidad de advertir los efectos de la actuación que toma en consideración el ordenamiento jurídico es distinta y más limitada que una cierta previsibilidad ontológica, de conformidad con la cual podría estimarse previsible cualquier hecho que alguna vez haya tenido ocurrencia o pudiera ocurrir, incluso como consecuencia de procesos causales anómalos o irregulares; sin embargo, la previsibilidad de que se habla en este contexto, es un concepto normativo.

Ahora bien, el objeto principal del juicio de previsibilidad, son los posibles efectos de la actuación⁸⁶; pues es la posibilidad de que el comportamiento comprometa algún bien jurídico lo que impone el deber de neutralización del riesgo o de mantenimiento del mismo bajo control, para poder asegurar las condiciones que jurídicamente posibiliten la indemnidad de aquél.

Pero además de ello, debe indagarse si la previsibilidad resulta útil en relación con la forma en que habría de producirse la afectación del bien, es decir, con el desarrollo del proceso de riesgo⁸⁷, lo que manifiesta su importancia en relación con otros problemas que debe afrontar la teoría del hecho punible, como los derivados de la desviación de los cursos

⁸⁶ Al comentar la STS de 23 de abril de 1992, en el proceso por la comercialización del aceite de colza, PAREDES CASTAÑÓN señala: “resulta acertada la descripción que el TS realiza del objeto de aquella previsibilidad que resulta relevante para el injusto: dicho objeto lo constituye efectivamente tan solo el riesgo de causación del resultado disvalioso, por lo que cuando tal previsibilidad existe hay ya la base necesaria -no suficiente- para construir responsabilidad por imprudencia”, *Límites de la responsabilidad penal*, p. 435.

⁸⁷ La determinación de lo que constituye el objeto de la previsibilidad incidirá por supuesto en el que hubiera de ser objeto del dolo, cuyo objeto está determinado por el tipo objetivo.

Así por ejemplo, MIR PUIG, que destaca coincidir con los planteamientos de FRISCH, relaciona el elemento cognitivo del dolo solo con la peligrosidad, y no con el resultado: “La norma de conducta, la que se dirige al ciudadano (que yo llamo norma primaria), solo prohíbe dicha conducta, y solo ésta constituye el presupuesto de aquélla norma. El resultado solo integra el presupuesto de la norma de sanción (que yo denomino norma secundaria), no dirigida al ciudadano, sino al juez. FRISCH deriva de estas premisas que el dolo exige el conocimiento de un determinado riesgo en la conducta. Coincido en no exigir ni querer ni conocer la producción del resultado, pero creo, en cambio, que el dolo supone no solo conocimiento de la conducta concretamente peligrosa, sino también la voluntad de llevarla adelante”. “Conocimiento y voluntad en el dolo”, pp. 33 y 34.

Esta postura es coherente con la consideración del resultado como un elemento ajeno a la estructura del injusto, posición que no es asumida en este escrito.

Otros autores, por el contrario, destacan que el dolo tiene un objeto más amplio. JESCHECK/WEIGEND, por ejemplo, aunque se refieren a lo que ha debido ser cognoscible para la imputación de imprudencia, señalan: “el resultado en su configuración completa y el curso causal en sus elementos esenciales deben haber sido previsibles”, *Tratado*, 5 ed., p. 631; LUZÓN PEÑA, por su parte, habla de la adecuación de la acción, del curso causal y del resultado, *Curso*, p. 381.

causales (la *aberratio ictus*), que en el último tiempo, al igual que la previsibilidad, se consideran problemas del tipo objetivo⁸⁸.

Si la capacidad del comportamiento para afectar el bien jurídico resulta relevante para determinar su licitud o ilicitud, parece razonable vincular al juicio de previsibilidad las *líneas generales* del proceso de riesgo, de manera que la ocurrencia de un resultado previsible pero mediante un proceso causal *aberrante*, podría quedar por fuera del ámbito de la prohibición. Y significa también que en la valoración de la capacidad lesiva de la actuación deben tenerse en cuenta las circunstancias⁸⁹ en que ésta ha de realizarse, ya que ellas determinarán la capacidad de afectación del bien jurídico mediante el comportamiento.

Finalmente, debe señalarse que en este primer momento, en que se pretende determinar el marco genérico de permisión o no del riesgo, se indaga por la previsibilidad de los efectos de la actuación para el bien jurídico y por los factores que condicionan su permisión⁹⁰. La cognoscibilidad o el conocimiento de la licitud o no del comportamiento

⁸⁸ Así por ejemplo, ROXIN, al analizar las coincidencias y semejanzas de su pensamiento sobre la cuestión con el de SANCINETTI, al que somete a una crítica exhaustiva, en Epílogo a *Desviación del curso causal* y “*dolus generalis*”, p. 70.

⁸⁹ Se asume la definición de NAUCKE según la cual la expresión “circunstancias de hecho” es un “término técnico con el cual se indican los datos fácticos de un caso polémico”, *DP*, p. 1.

⁹⁰ Sobre ese papel de definidor del marco externo sobre el que han de operar los criterios de desaprobación jurídica del riesgo, señala FRISCH: “En realidad, la previsibilidad es solo una componente para admitir la tipicidad de una conducta; no significa sino que la conducta es peligrosa. El que la conducta además haya de desaprobarse requiere un juicio normativo adicional: solo cabe hablar de desaprobación jurídica cuando al sujeto actuante, ponderando los intereses contrapuestos, se le pudiera exigir en general observar la regla para evitar el peligro creado por su acción (o adoptar medidas de eficacia pareja)”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 120.

Importantes autores entienden que esta cuestión sería relevante en la diferenciación entre dolo e imprudencia. Así por ejemplo, ROXIN: “No es del todo pacífica la cuestión de si cualquier representación de una posibilidad de realización del tipo, por pequeña que sea esta última, es ya suficiente para la imprudencia consciente...La solución correcta es una solución intermedia que se oriente conforme a las ideas básicas de la teoría de la imputación. Según ella, el sujeto ha de representarse una posibilidad cualificada, es decir, un peligro que sea jurídicamente relevante y que rebase el riesgo permitido”, *DP, PG*, T. I., p. 1020, nro. 63.

FEJOO, por su parte, al analizar el concepto de dolo incluye la naturaleza del riesgo entre lo que ha de ser objeto de aprehensión cognitiva: “La distinta naturaleza del peligro conocido por el autor tiene relevancia para una modalidad u otra de norma, y por tanto, de injusto (de delito)”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 341.

serán objeto de examen posterior, cuando en la culpabilidad se analice la consciencia de la antijuridicidad.

b. La concreción de lo jurídicamente previsible

Lo que haya de tenerse por previsible debe determinarse en función del modelo asumido para la valoración global de la ilicitud de la actuación en el caso concreto, lo que como parte del problema de la concreción del deber de cuidado, implica optar por un baremo individualizado o por uno intersubjetivo.

Esta discusión tiene que ver con el problema relativo a la determinación de la ilicitud de la actuación y en ese marco más amplio debe definirse. Por eso se entiende que el ordenamiento jurídico presupone unas determinadas capacidades para el control de riesgos en quien emprende la realización de una conducta peligrosa; la previsibilidad de los efectos de la actuación, entonces, ha de determinarse a partir de lo que el ordenamiento jurídico asuma que el sujeto se debía representar en el correspondiente ámbito de tráfico jurídico.

La idoneidad abstracta del comportamiento para afectar un bien jurídico indicará que deban adoptarse medidas que permitan mantener el riesgo genérico bajo control⁹¹; sin embargo, la imputación concreta de la afectación de un bien jurídico en el ámbito de los delitos de resultado exige que el sujeto haya podido representarse la concreta peligrosidad de la actuación, ora porque estuviera en posibilidad de hacerlo, ora porque hubiera debido hacerlo, dado el tipo de actividad desplegada.

Por ende, incluso para la delimitación del marco externo de lo jurídicamente relevante la remisión a la previsibilidad abstracta de los efectos de la actuación resulta insuficiente, y se hace necesario que se pueda vincular la actuación al riesgo concreto de afectación de un bien jurídico, como efecto de ella.

⁹¹ Así, FEJOO, quien a pesar de estimar bastante limitada la utilidad del concepto, señala: “La “previsibilidad objetiva”, sin embargo, puede prestar su utilidad como un primer límite de la responsabilidad por imprudencia, aunque se trata de un límite insuficiente. Solo se le puede exigir que sea cuidadoso con un riesgo a aquella persona que, al menos, tiene a su alcance la peligrosidad estadística o general de su conducta (conducir un coche, manipular un arma de fuego, etc.). Solo si al menos conoce ese dato se le puede exigir que sea cuidadoso con lo que hace. Si no lo conoce no se le podrá imputar nada”, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 191.

c. Las críticas a la capacidad de rendimiento del concepto de previsibilidad

De la previsibilidad se ha dicho que resulta ineficaz para determinar la extensión de la punibilidad, no solo porque en ella no tienen cabida los factores atinentes a la licitud del riesgo, sino porque en la práctica todo es previsible⁹²; también se ha manifestado que el de previsibilidad es un concepto que podría conducir a la aplicación de soluciones *versaristas*, inaceptables en un Derecho penal moderno; en este sentido, aunque al analizar la cuestión en relación con la realización de riesgos en el resultado y no con su generación, afirma REYES ALVARADO que⁹³:

“Los inconvenientes de recurrir al criterio de la previsibilidad objetiva no se refieren solamente a la dificultad de su determinación. Aun admitiendo por vía de hipótesis que se encontrara un procedimiento adecuado para formular en cada caso la pregunta correcta, y aceptando en gracia de discusión que la figura del ‘hombre prudente’ o la de la ‘experiencia general de la vida’ fuesen mecanismos aptos para establecer cuándo un resultado es previsible, no puede evitarse la emisión de sentencias que parecen apoyadas en el antiguo e insostenible principio del *versari in re illicita*”⁹⁴,

⁹² Así por ejemplo, COUSIÑO, *DP chileno*, T. I, p. 792; REYES ALVARADO: “si entendemos por previsible todo aquello que de acuerdo con nuestra experiencia puede ocurrir, podríamos llegar a la curiosa conclusión de que vivimos en un mundo donde son pocas las cosas que no pueden preverse, porque la experiencia nos enseña multitud de conductas y resultados que, siendo en extremo improbables, han ocurrido”, *Imputación objetiva*, 3 ed., p 284.

⁹³ También existen quienes se refieren a la utilización de este concepto en el momento de realización de la conducta y en el de la producción de los efectos sobre el bien jurídico. Así por ejemplo, LUZÓN PEÑA: “Se trata de la previsibilidad objetiva de que la acción en esas circunstancias pueda producir el hecho típico, en su caso -si se trata de un delito de resultado- el resultado típico, es decir de la “*adecuación*” de la *propia acción* como primer resultado de la imputación objetiva -tanto en delitos dolosos como imprudentes- y que aquí es el primer presupuesto para poder apreciar infracción del cuidado debido e imprudencia. Pero en cambio, la concurrencia o ausencia de la ulterior previsibilidad objetiva y adecuación del concreto curso causal que ha producido el resultado, es decir, el segundo componente de la adecuación y de la imputación objetiva del resultado no influye para nada en la infracción del deber objetivo de cuidado y en la imprudencia, pues afecta al desvalor del resultado, pero no al desvalor de la acción”, *Curso*, p. 503. *Cursiva en el original*.

⁹⁴ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 286, 287.

y ejemplifica señalando que es previsible que el hijo engendrado en un medio social conflictivo adquiera los rasgos culturales propios de los delincuentes (!); o que la participación en el tráfico automotor produzca lesiones o muertes a otras personas.

Pese a tales críticas, una vez que se define el objeto sobre el que ha de recaer el concepto de previsibilidad, éste resulta útil para delimitar el marco externo de las actuaciones penalmente relevantes, y así, lo permitido o desaprobado del riesgo⁹⁵.

d. El concepto de previsibilidad en la discusión teórica reciente

Aunque algunos de los autores que asumen la teoría de la imputación objetiva se manifiestan muy escépticos frente al concepto de previsibilidad, su utilidad no se puede desconocer ni siquiera para esta misma teoría. Así por ejemplo, son claros los vínculos entre la teoría de la causalidad adecuada que se vale de la previsibilidad, la que se considera un antecedente de la de la imputación objetiva, que la complementa con criterios relacionados con la teoría del riesgo⁹⁶.

⁹⁵ Por ello se afirma que “La previsibilidad objetiva constituye un requisito fundamental para el injusto penal, puesto que viene a determinar el deber de cuidado, o dicho de otra forma, el margen diferenciador entre lo permitido y lo prohibido tanto en los delitos dolosos como imprudentes”, ALCÁCER, “El juicio de adecuación de la conducta”, p. 485; FEJOO por su parte, alude a la previsibilidad como “elemento intelectual del deber de cuidado”, y señala que su objeto es “la peligrosidad estadística o general de su conducta”, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 262.

⁹⁶ Sobre la relación entre la previsibilidad y teoría de la imputación objetiva debe decirse que aceptados los vínculos entre la teoría de la adecuación y la de la imputación objetiva, no resulta extraña la consideración de la previsibilidad como uno de los factores de desaprobación del riesgo.

En este mismo sentido, GIMBERNAT: “En contra de una dirección doctrinal y jurisprudencial que en la imprudencia, y argumentando con que “todo es previsible” niega cualquier clase de significación al requisito de la previsibilidad, hay que mantener que éste sigue siendo un elemento del delito culposos, ya que, en sentido técnico, previsible no es todo lo que se puede prever, sino solo aquello que se puede prever como “posible”, lo que significa la coincidencia del juicio de adecuación con el de previsibilidad”, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, p. 453, nota 11.

Sobre las “distorsiones sistemáticas” que acarrea incluir en el juicio de imputación objetiva elementos de carácter subjetivo, ALCÁCER, “El juicio de adecuación de la conducta”, pp. 493 y ss.

Desde la posición que entiende que la previsibilidad es un elemento de carácter normativo no se generan por ello tantos conflictos sistemáticos como los que se derivan del entendimiento de que algunos elementos subjetivos

Esa vinculación entre las teorías de la adecuación y de la imputación objetiva obedece, entre otras cosas, a que los sustitutos conceptuales de la primera no han logrado suplir de manera satisfactoria el papel de filtro inicial que a ésta ofrecía el concepto de previsibilidad⁹⁷.

Inclusive autores que abogan por una construcción enteramente normativa de las categorías dogmáticas, como JAKOBS reconocen la importancia de este concepto⁹⁸, lo que además se facilita si se asume que su naturaleza es normativa y no meramente subjetiva.

Así las cosas, pese a las manifestaciones de la doctrina reciente en contra del concepto de previsibilidad, éste sigue ostentando un papel importante en la moderna teoría del delito en la determinación de lo jurídicamente permitido o desaprobado. Con todo, ese umbral que demarca el concepto de previsibilidad todavía debe ser acotado mediante correctivos

del tipo forman parte directa del tipo objetivo. Al respecto, GÓMEZ BENÍTEZ, “La realización del peligro en el resultado”, pp. 92-93.

⁹⁷ Y así, un autor tan escéptico con el concepto como REYES ALVARADO no renuncia a él: “si bien nadie está obligado a saber quién es o no hemofílico, de un ciudadano siempre se espera que no golpee hemofílicos debido al alto riesgo que ello genera, de manera tal que quien lesiona a un hemofílico responde por las lesiones a él causadas, en cuanto existe la prohibición de golpear a esta clase de personas; una vez más conviene anotar aquí que no se trata de la obligación de conocer el estado de hemofilia, sino que la prohibición misma de golpear hemofílicos contiene la premisa del conocimiento de esa especial condición, de tal manera que nadie debe golpear personas que padezcan de dicha anomalía”, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 141, 142. Esta idea le sirve a la vez para justificar la idea según la cual lo objetivo de la imputación objetiva no depende de la concurrencia de elementos susceptibles de una calificación ontológica como objetivos o subjetivos; sino de su función.

Sobre esta misma cuestión señala ALCÁCER: “Para la valoración de la conducta ha de conocerse su significación lesiva, y ésta no puede abarcarse sin atender a los conocimientos que el autor tuviera sobre su propia acción y sobre la potencialidad lesiva (de) dicha acción. Cabe el caso de que determinadas circunstancias que no puedan ser reconocibles *ex ante* en base a los conocimientos del espectador objetivo sean las determinantes para afirmar la peligrosidad de una conducta”; y más adelante señala: “De lo que se trata es de determinar concretamente qué acción se está enjuiciando. No es la misma acción -como expresión de sentido social, comunicativamente relevante si se quiere, y no como mero movimiento corporal voluntariamente realizado- la de hacer subir a un avión a mi tío que la de hacerle subir a un avión que tiene una bomba activada para explotar en vuelo”, “El juicio de adecuación de la conducta”, pp. 494- 495.

⁹⁸ Al reconocer el papel de este elemento para la imputación al actor de dolo o imprudencia este autor manifiesta que: “(s)i el autor no conoce todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal, no actúa dolosamente, § 16.1 StGB; si las circunstancias son no obstante cognoscibles, actúa imprudentemente”; señalando a continuación que la cognoscibilidad determina en un primer momento los contornos de lo punible, tras lo cual habrá de constatararse la evitabilidad del riesgo, JAKOBS, *DP, PG*, p. 381.

posteriores que intentan ofrecer la perspectiva *ex ante* y el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado. Ello significa que además de la posibilidad de advertir las implicaciones de la actuación, la atribución de carácter ilícito a la actuación supone constatar que el riesgo a desplegar está desaprobado por el ordenamiento, que pretende desestimular acciones como las que hubieran de generarlo; además de las precisiones que pretende ofrecer la perspectiva *ex ante* acerca de la forma de determinar ese umbral de lo que el sujeto pudiera advertir.

4. Las críticas a la asunción de una perspectiva *ex ante*

A pesar de la gran acogida de los planteamientos que asumen la perspectiva *ex ante* en la valoración de la peligrosidad de la actuación, existen también enfáticas oposiciones a ellos. Uno de los críticos más radicales de esa idea es BURKHARDT, para quien

“En lo tocante al tipo objetivo, o a la imputación objetiva, no se trata de establecer si un espectador objetivo situado antes de la acción (*ex ante*) hubiera considerado la conducta como peligrosa o incrementadora del peligro. Se trata, más bien -desde un análisis escalonado de las cuestiones relevantes-, de si, tomando en cuenta todos los conocimientos disponibles (*ex post*), la acción era peligrosa y de si -presupuesto el conocimiento del riesgo inherente a la misma- podría calificarse como típicamente desvalorada (poseedora de un riesgo no permitido, prohibida, contraria a deber)”⁹⁹.

Este autor apoya sus críticas sobre dos ideas distintas: la primera, que en la fórmula de creación de riesgos desaprobada *ex ante* se incurre en imprecisiones terminológicas y de sistematicidad, al no aludir en realidad a los efectos del comportamiento, sino a lo que el sujeto actuante hubiera debido identificar como peligroso, generando así una indeseable pérdida de objetividad en la determinación de la ilicitud, que de esa manera dependería de lo cognoscible¹⁰⁰. De alguna manera si el peligro es la base de la ilicitud, es de esperar que dicho peligro sea real, lo cual solo se podría asegurar en una perspectiva *ex post*.

Afirma además que existen problemas de “economía conceptual” en la forma como la doctrina mayoritaria determina los conocimientos relevantes para la perspectiva *ex ante*, ya que el baremo de determinación del nivel de conocimientos debe concretarse

⁹⁹ BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, p. 175.

¹⁰⁰ BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, pp. 154-155.

intersubjetivamente, sin que sea posible ignorar los efectos de los déficits de conocimientos del sujeto activo, a los que posteriormente es necesario reconocer, y que la doctrina más extendida hasta hace unos años radicaba en la culpabilidad¹⁰¹.

De esa manera, los argumentos del autor alemán recorren dos sendas distintas: la necesidad, que emergería del tipo objetivo, de reivindicar la naturaleza objetiva del peligro, que demandaría una constatación de su verdadera existencia, la cual solo se podría lograr desde una perspectiva *ex post*; y al mismo tiempo una reivindicación de la capacidad individual de acceder al mensaje normativo y al cumplimiento de la norma, argumentos que paradójicamente parecieran apuntar en direcciones distintas.

El texto de BURKHARDT publicado con ocasión de un evento académico en homenaje a W. FRISCH, motivó una réplica de éste¹⁰², quien al analizar los criterios que podrían avalar la opción por una perspectiva *ex post* para determinar el carácter desaprobado del riesgo atribuible a la actuación, señala que la selección de unas determinadas circunstancias de ésta para conferirles relevancia penal, no significa que ellas dejen de extractarse de la realidad, de ser objetivas, para adquirir naturaleza meramente subjetiva; incluso añade que es acorde con la función de la norma entender que su mensaje se dirige al ciudadano en el momento en el cual éste ha de desplegar su actuación¹⁰³.

Añade FRISCH que la tesis de BURKHARDT, al hacer del peligro *ex post* el fundamento del injusto, tornaría irrelevantes comportamientos *ex ante* peligrosos, solo porque con posterioridad se constatará su ausencia de lesividad material efectiva; y considera que si no se determina la relevancia del peligro en perspectiva *ex post*, no por ello comportamientos peligrosos para bienes jurídicos importantes se tornan intrascendentes para el Derecho penal¹⁰⁴.

¹⁰¹ BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, p. 161.

¹⁰² FRISCH, “Delito y sistema del delito”, pp. 239-244.

¹⁰³ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, pp. 241.

¹⁰⁴ Lo que se manifestaría especialmente importante en relación con la punición de la tentativa, y con la determinación de los requisitos que la tornarían relevante penalmente. FRISCH, “Delito y sistema del delito”, pp. 243.

También afirma FRISCH que el juicio de licitud o no del riesgo es normativo, no naturalístico, y que es en consonancia con aquél punto de vista y con los factores relevantes para él, que debe enjuiciarse el comportamiento, por lo cual deben seleccionarse normativamente los factores de riesgo relevantes para el Derecho penal, como sucede cuando se adopta una perspectiva *ex ante*.

Sobre este punto cabe insistir en que si la norma jurídica ha de constituir un mecanismo de ordenación de la vida en sociedad a través de la regulación de las conductas de los ciudadanos, el mensaje a dirigirles es el de que se abstengan de desplegar comportamientos que, por la forma de realizarlos, se estimen idóneos para poner los bienes jurídicos en situación de riesgo jurídicamente desaprobado. En un ordenamiento jurídico que proscriba la responsabilidad objetiva, antes de emprender la actuación, al ciudadano debe dársele a conocer de manera inequívoca lo que podrá o no realizar lícitamente.

Y si lo relevante es la significación del comportamiento como generador de riesgos desaprobados, la perspectiva *ex ante* ofrece criterios adecuados de valoración, válidos intersubjetivamente, que permitirán considerar infringida o no la norma llamada a regular la situación concreta.

Lo anterior, de todas maneras, obliga a indagar por otro de los problemas que se manifiestan como problemáticos en relación con la perspectiva *ex ante*: el de la concepción total del injusto, y su influencia en la determinación del baremo (individual o no) a tener en cuenta a efectos de la concreción de la ilicitud (cfr. II.A.1.d).v).

En España, MOLINA FERNÁNDEZ sostiene que la concepción de la norma como directiva de comportamiento obliga a considerar que la antijuridicidad debe determinarse en función de las posibilidades del individuo concreto de adecuar su conducta al ordenamiento jurídico; y no siendo eso lo que plantea la perspectiva *ex ante*, que por el contrario parte de un baremo normativo, manifiesta su desacuerdo con ella: “el criterio objetivo *ex ante* ni sirve desde la perspectiva de una norma directiva de conducta, ni refleja la lesividad intersubjetiva, con lo cual rompe el modelo que permite justificar la distinción de antijuridicidad y culpabilidad sin ofrecer a cambio compensaciones”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad penal*, p. 418.

Aunque los argumentos de este autor se articulan en una red muy compleja, se puede manifestar que pese a la pretensión de la norma de establecer una relación dialogal con los ciudadanos, de ello no se desprende que la ilicitud deba condicionarse a las capacidades individuales de actuación: quien no está en condiciones de recibir el mensaje normativo, puede de todas maneras realizar una conducta que jurídicamente se desaprueba, por transgredir la norma que pretende ordenar la vida en sociedad, aunque se le exima de pena por condiciones asociadas por ejemplo a su inimputabilidad.

5. Los efectos de la actuación y la perspectiva *ex post*

La aplicación consecuente del principio de lesividad implica que solo se impute responsabilidad penal cuando se haya constatado la creación de un riesgo efectivo, y cuantitativamente significativo, como se verá más adelante, para el bien jurídico¹⁰⁶. El solo pronóstico de peligrosidad del comportamiento, que no está acompañado de una situación de riesgo posterior efectivo, debería implicar la inexistencia del injusto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Respecto a la magnitud del riesgo que permite considerar al comportamiento como peligroso, manifiesta PAREDES CASTAÑÓN: "... la función primordial del juicio de peligrosidad en este proceso es la de seleccionar conductas respecto de las que es preciso que el sujeto cree o conserve determinadas condiciones de actuación que eviten que la conducta supere en el caso concreto los niveles permitidos de creación de peligro; y por lo tanto, cualquier grado de peligrosidad por pequeño que sea -salvo los casos de insignificancia-, hace surgir ese deber del sujeto", *Riesgo permitido*, pp. 194-195.

Sin embargo, debe hacerse claridad, y a ello se prestará especial atención más adelante, respecto a que no cualquier grado de riesgo obliga a la adopción de medidas especiales de precaución.

¹⁰⁷ En este nivel es donde se presenta la problemática relación, todavía no resuelta de manera satisfactoria pese a las múltiples aseveraciones doctrinales en contra, entre el principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto, que ha conducido a no pocos autores a denunciar la violación de aquel principio mediante la tipificación de éstos. En este sentido, FRISCH, que aunque avala la pertinencia político-criminal de los delitos de peligro destaca los excesos en que suelen incurrir los Legisladores en su tipificación, "Delito y sistema del delito", pp. 210-211; PÉREZ ÁLVAREZ, "Si las normas penales deben estar dirigidas a la protección de los bienes jurídicos, la ausencia de lesión o puesta en peligro de las mismas ha de ser indiferente para el Derecho penal. No hay razón para incriminar una conducta que no desencadene la lesión o el peligro al bien jurídico, pues estaríamos ante un auténtico delito formal donde lo que se castiga es la mera desobediencia al Estado", *Protección penal del consumidor*, p. 59; y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 162.

En contra de esta postura, entre otros, MAQUEDA ABREU, "La idea de peligro en Dp.", p. 487.

En lo que tiene que ver con los efectos de la actuación para el bien jurídico, y la configuración del desvalor de resultado a partir del peligro efectivo que el comportamiento haya generado para aquél, la doctrina opta con razón por una perspectiva *ex post*, lo cual implica recabar y valorar toda la información posible una vez realizados los hechos a fin de establecer si la actuación generadora del riesgo desaprobado, y no factores extraños a ella, no atribuibles al actor, fue la que se materializó en la afectación del bien jurídico; ello porque la realización del injusto supone que entre la peligrosidad *ex ante* y el peligro *ex post* medie una relación de consonancia, en virtud de la cual, la primera delimitará el marco de imputación del segundo, y éste deberá desarrollar el mismo proceso de riesgo desaprobado atribuido al autor por la ejecución del comportamiento.

C. EL RIESGO PERMITIDO Y EL CONCEPTO DE INJUSTO

El proceso descrito en el apartado anterior según el cual el concepto de riesgo llegó a convertirse en el núcleo del injusto penal, implica precisar que no basta con que la actuación genere un proceso de riesgo, sino que ha de tratarse de un riesgo con una calificación especial; es decir, de un riesgo jurídicamente desaprobado, o dicho de forma negativa, de un riesgo no permitido¹⁰⁸.

En materia de imprudencia, el concepto de riesgo desaprobado ha sido especialmente importante, pues algún sector doctrinal, al hacerlo el núcleo de la ilicitud, incluso de la dolosa, pretende sustituir con él toda la elaboración tradicionalmente estructurada en torno al concepto de deber de cuidado.

Antes de ocuparse de los factores que determinan la desaprobación jurídica del riesgo, se propondrán algunas ideas sobre la legitimación del mismo; y más adelante se analizarán las relaciones entre este concepto y el de infracción del deber de cuidado.

Una solución consecuente con el principio de lesividad debería tener en cuenta que más allá de la idoneidad *ex ante* de la actuación para comprometer el bien jurídico, la ausencia de peligro *ex post* debería configurarse en causal de atipicidad.

¹⁰⁸ En esta dirección WOLTER: “solo puede haber un injusto cuando el autor crea un riesgo de producción del resultado típico, que por ser objetivamente cognoscible (y causal), así como jurídico-penalmente desaprobada, ha de ser idóneo para producir el resultado típico, sin que quede sin validez a través de un peligro socialmente adecuado”. “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos”, p. 60.

Para empezar, baste reiterar que no es extraño que comportamientos humanos generen riesgos de afectación de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal; pues el carácter desaprobado de los mismos condiciona la relevancia penal de la conducta.

Las razones para permitir la realización de una conducta de riesgo para bienes jurídicos podrían ser varias, pero en general se considera que ellas tienen que ver con la importancia de algunas actividades y contactos sociales para la configuración de la sociedad, pudiendo producir su desaprobación una parálisis de aquélla, cuando no el deterioro de algunos de los mecanismos propios de dicha configuración.

La figura del riesgo permitido es el mecanismo conceptual idóneo para legitimar esos riesgos inherentes a determinadas relaciones y actividades sociales; sin embargo, en el momento *ex ante* en que se hace este análisis, ello impone precisar las razones que fundamentan la licitud de la peligrosidad de determinados comportamientos. Así las cosas, la discusión sobre la legitimidad de los riesgos versa sobre la legitimidad de las actuaciones generadoras de ellos.

En principio existen unas barreras que determinan los contornos genéricos de la licitud de la actuación, que se discute si deben ser jurídicos, o si pueden ser meramente “sociales”; sin embargo, y pese a lo que en ocasiones pareciera conveniente, debido al dinamismo de la vida social, son muchos los casos en los cuales no existe una determinación previa por parte del Estado o de la sociedad¹⁰⁹ de las pautas de permisión de riesgos, formulándose solo unos criterios genéricos (muchas veces coincidentes con las denominadas pautas “sociales”), que al ser valorados por el juez en el caso concreto debieran permitirle calificar el riesgo generado con la actuación como permitido o desaprobado.

¹⁰⁹ PAREDES CASTAÑÓN, por ejemplo, considera que el Derecho penal debe limitarse a tomar las pautas de permisión o prohibición del riesgo que hayan sido determinadas a partir del consenso social: “Finalmente es importante resaltar un hecho que frecuentemente se olvida: que el debate social y político acerca de qué riesgos han de estar o no permitidos es una discusión permanente, y crecientemente, en boga. Y que, precisamente por ello, el recurso a instrumentos de carácter jurídico solamente se justifica cuando en dicho debate se han alcanzado conclusiones sólidas y generalmente aceptadas. Concretamente, en el campo del Derecho Penal, esto es especialmente relevante: no es legítima una intervención penal en campos en los que no exista un consenso suficiente acerca de los niveles máximos de riesgo admisible, debiendo esperar por tanto la regulación penal a la formulación del consenso”, *Riesgo permitido*, p. 528.

Por ello es comprensible que una de las cuestiones a las que mayor atención se ha prestado en los últimos años sea la de la determinación de los factores y criterios con ayuda de los cuales establecer la permisón o ilicitud del riesgo, pues ello resulta fundamental para el enjuiciamiento del comportamiento¹¹⁰.

1. Fundamentos cualitativos de la permisón de determinados riesgos

Aunque el concepto de riesgo permitido encajaba con la necesidad de justificar la irrelevancia penal de una serie de comportamientos propios del proceso de industrialización, que pese a su utilidad social eran fuentes de peligro para diversos bienes jurídicos, la atribución a esta idea de un papel central en la configuración del injusto es relativamente reciente¹¹¹.

¹¹⁰ Según CASTALDO, “En buena técnica, la imputación (objetiva) del hecho plantea problemas en una zona intermedia en la que están situadas las acciones peligrosas toleradas por el ordenamiento jurídico, de modo que, para determinar la relevancia penal de la conducta, no importan tanto el peligro ínsito en la acción misma, cuanto la amplitud de esa *zona gris* del riesgo permitido.

Por otra parte, un estudio profundo habría puesto de manifiesto -...- sin grandes dificultades (y se trata tal vez de la característica más sorprendente) cómo la concreción de esa zona permanece incierta y difusa”, “La concreción del “riesgo jurídicamente relevante””, p. 233.

¹¹¹ Al respecto se afirma que: “El concepto de riesgo permitido fue elaborado por la jurisprudencia alemana en la segunda mitad del s. XIX, en relación con las lesiones y muertes imprudentes en el ámbito de la industria. El fundamento del criterio del riesgo permitido se deriva de la necesidad de favorecer la industrialización con los riesgos que ésta conlleva”, CORCOY, *Delito imprudente*, p. 309.

PREUß analiza la evolución del concepto antes y después de la segunda guerra mundial y respecto al primer período refiere alusiones a él en los siglos XVIII y XIX, *Untersuchungen*, pp. 31 y ss.; ello explicaría que en obras muy anteriores a las que recogen los planteamientos de la imputación objetiva, se hablara ya de un concepto de riesgo permitido.

El de riesgo permitido fue entonces un concepto bien definido en sus contornos desde mucho antes del desarrollo por ejemplo de la teoría de la imputación objetiva, y relacionado con una serie de actividades que en la actualidad se entienden cobijadas por dicho concepto. Al respecto, señalaba ENGISCH: “Cuando de manera excepcional está permitida la creación de un riesgo, la misma debe depender, como normalmente se ha aceptado, de una particular finalidad (“objetiva”) aprobada, por el ordenamiento jurídico cuya realización éste debe propender. Esta finalidad puede ser la protección de la vida o la salud de las personas (cirugías, actos de salvación), el avance de la ciencia (experimentos peligrosos), los intereses del tráfico (operación de trenes y vehículos), la educación y acondicionamiento físico por todas las vías posibles (deportes, torneos, equitación,

Ahora bien, aunque el origen del concepto se encuentre en la necesidad de justificar la licitud de actividades propias de la sociedad industrial, no por ello cabe pensar que solo actividades características de las modernas *sociedades de riesgo* puedan ser legitimadas a través de este mecanismo, pues de una u otra forma, muchas acciones cotidianas generan algún tipo de riesgo para los bienes jurídicos; y también respecto de ellas es necesario indagar por su licitud. El concepto de riesgo permitido es compatible entonces con actividades peligrosas de normal ejecución en la vida cotidiana, y con acciones características de las sociedades modernas, de muy disímil potencialidad lesiva entre sí¹¹².

Los esfuerzos por explicar los fundamentos de la permisón de determinados riesgos han dado lugar a varios planteamientos entre los que cabe destacar los siguientes:

a. Teorías que se asientan en la ponderación de intereses en conflicto a partir de una relación costo-beneficio:

Estas propuestas destacan la necesidad de efectuar un cálculo de costo-beneficio entre la utilidad social reportada por la actividad generadora del riesgo y su capacidad de afectación social (valorada en función de los peligros que pueda generar), que será el factor determinante del costo social de la actividad y de la posibilidad de considerar permitido el riesgo en el caso de que aquélla sea mayor que éstos¹¹³. La doctrina suele entender el concepto de riesgo

pero también en trabajos de responsabilidad), la obtención de bienes materiales (el trabajo en minas, fábricas, canteras, entre otras). Una enumeración taxativa es imposible”, *Untersuchungen*, p. 287.

¹¹² Así por ejemplo, señala JAKOBS que “cualquier contacto social entraña un riesgo”, y ejemplifica entre otras situaciones, con la posibilidad de transmitir un virus mediante un apretón de manos; o de servir un alimento en mal estado, situación que sin embargo era imperceptible, etc., *Imputación objetiva*, p. 117.

¹¹³ En este sentido, FIANDACA/MUSCO, *DP, PG*, p. 549, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, quien concreta el planteamiento alrededor de la idea de “utilidad social”, p. 384; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 643; SILVA SÁNCHEZ: “En efecto, dado lo arriesgado de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la realización de un resultado lesivo, no constituyen infracción del deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del riesgo permitido”, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, p. 12; VELÁSQUEZ, *DP, PG*, 4 ed. p. 593.

permitido en este sentido, pero para algunos autores ello implica confundir este concepto con el de estado de necesidad¹¹⁴.

b. Teorías que proponen fundamento un plural de la permisión del riesgo

Algunos autores entienden que el riesgo permitido tiene un fundamento mucho más amplio que el de la ponderación de intereses. PREUB, por ejemplo, proponía agrupar bajo el concepto de riesgo permitido hipótesis de fundamento muy dispar, como las de prevalente utilidad social; las de causalidad imprevisible; las acciones de salvamento arriesgadas, sin seguridad respecto a las posibilidades de éxito de otras medidas; y las de consentimiento en el riesgo y en la acción¹¹⁵.

A esta propuesta se le criticó su gran extensión, por autores que consideraron que el concepto debía limitarse a los supuestos comprendidos en el primer grupo; para dar cabida a los demás en otras instituciones con contornos definidos adecuadamente por la doctrina

¹¹⁴ Sobre el carácter y fundamento del riesgo permitido manifiesta MOLINA FERNÁNDEZ: “Generalmente se considera que estas dos situaciones -ausencia total de lesividad y lesividad compensada por la salvaguarda de intereses prevalentes por otro- se corresponden con la distinción de causas de atipicidad y de justificación. Esta tesis resulta aceptable, aunque hay una zona límite marcada por el riesgo permitido, en la que resulta dudoso si se trata de una causa de atipicidad o de justificación. En mi opinión, en estos casos hay una lesión, incluso *ex ante* predecible al menos estadísticamente, cuya puesta en peligro se compensa por las ventajas que se obtiene de la actividad arriesgada. Es, por ello, un caso de conflicto, más próximo a la justificación que a la atipicidad”, *Antijuridicidad penal*, pp. 396-397.

Cercano a este planteamiento señala LUZÓN PEÑA que la permisión del riesgo es un problema de antijuridicidad y no de tipicidad y advierte la necesidad de diferenciar dichas figuras, *Curso*, p. 382.

La fórmula del estado de necesidad es asumida por autores que toman posiciones diversas frente a la teoría de la imputación objetiva; como HIRSCH (que no la comparte), “La teoría de la imputación objetiva”, pp. 44 y 45; o el mencionado LUZÓN PEÑA, (que sí la asume).

A la solución del estado de necesidad alude ROXIN, para los casos de modificación del riesgo a que estaba expuesto el bien jurídico, que se vería sustituido por otro: “ciertamente la situación es distinta -a la falta de creación de un riesgo no permitido por disminución del riesgo- en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo que hubiera sido el peligro inicial”; a continuación de lo cual propone un ejemplo similar al que sirvió de base a REYES para cuestionar el principio al que el autor alemán llama “de distinción”. *DP, PG*, T. I, p. 366.

¹¹⁵ PREUB, *Untersuchungen*, pp. 63 y ss., 136 y ss., 144 y ss. Sobre los planteamientos de este autor, CORCOY, *Delito imprudente*, pp. 311 y ss.

jurídico-penal: el caso fortuito, el estado de necesidad, o el consentimiento mismo como causal autónoma de exclusión de la ilicitud¹¹⁶.

c. Teorías que fundamentan la permisón del riesgo en la concurrencia de intereses merecedores de protección diferentes al bien jurídico

PAREDES CASTAÑÓN, que comparte en gran medida las críticas a la desmesura del concepto propuesto por PREUß, aboga por una caracterización del riesgo permitido, que le reconozca, sin embargo, un alcance más amplio del que tradicionalmente le ha conferido la doctrina:

“son casos de riesgo permitido todos aquellos en los que la autorización en general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien jurídico se deriva de la toma en consideración de la concurrencia necesaria de otros intereses merecedores también de la protección jurídica, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece, limitándose así dicha protección (en virtud de una ponderación de todos los intereses concurrentes)”¹¹⁷.

Desde este punto de vista, se podría pensar que, en principio al menos, constituyen riesgo permitido las hipótesis en las cuales, junto al interés en la protección de un bien jurídico, concurre también un interés social en la realización de la actividad que pudiera generar el riesgo. Es decir, que el carácter permitido del riesgo depende del sopesamiento de

¹¹⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 128-129; CORCOY, *Delito imprudente*, pp. 311 y ss.

¹¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 517. Esta caracterización del concepto le permitirá a su vez reunir las distintas hipótesis que previamente había señalado como susceptibles de ser cubiertas bajo el concepto: “solamente pueden ser considerados supuestos de riesgo permitido, en el sentido recién indicado, aquellos que fueron incluidos bajo las -inexactas- descripciones de “acciones socialmente necesarias”, “acciones socialmente útiles”, “acciones respetadas en atención al principio de libertad de actuación”, “acciones realizadas con el grado de cuidado jurídicamente debido” o “acciones en las que la relación coste/beneficio entre actuación y peligro o lesión causados se incline en favor de aquélla”, p. 514.

RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 245.

Muy crítico se muestra FEIJOO con la propuesta de PAREDES CASTAÑÓN de caracterización del riesgo permitido, señalando que “al final de su intenso trabajo no llega a una conclusión clara y firme que pueda llegar a tener relevancia práctica. La definición dada por PAREDES sirve para todo y para nada”, “El riesgo permitido”, p. 212, nota 34.

los distintos intereses concurrentes, que permitiría afirmar la pertinencia de autorizar la realización de la conducta riesgosa¹¹⁸.

Algunos de los autores que efectúan esta propuesta plantean incluso una metodología para la ponderación de los intereses concurrentes. Así por ejemplo, sobre la base de que el riesgo permitido es siempre un espacio de concurrencia de intereses en conflicto, PAREDES CASTAÑÓN propone los siguientes criterios para su ponderación y la consiguiente definición de lo permitido:

Determinación del espacio de alternativas posibles para cada uno de los dos intereses concurrentes; valoración de cada una de las alternativas; puesta en relación de los dos espacios de alternativas en uno solo; determinación de la relación costo/beneficio (en relación con los intereses concurrentes) para cada una de las alternativas del espectro; establecimiento de la ordenación de alternativas y elección de la(s) óptima(s)¹¹⁹.

CASTALDO, por su parte, advirtiendo sobre los problemas de determinación de la licitud del riesgo que se derivarían de lo abstracto de los criterios propuestos por la doctrina, sugiere un procedimiento que sucintamente se podría resumir así: se tomará en consideración la frecuencia del riesgo (de manera que a mayor frecuencia habrá de reducirse el ámbito de permisión del riesgo); la utilidad social, determinada en función de la relatividad (el riesgo permitido no es una constante absoluta en el tiempo y en cuanto a las personas), la ley del recurso mínimo (menor será el ámbito de permisión mientras mayores riesgos existan), la oportunidad condicionada (la permisión será menor en la medida que mayor sea el espectro de comportamientos menos arriesgados para alcanzar el fin propuesto), y la ley de reciprocidad (que exige apreciar que a mayor nivel de utilidad menores niveles de desaprobación del riesgo; y al mismo tiempo, a mayores riesgos, menores niveles de permisión). Y finalmente

¹¹⁸ Algunos autores reconocen una fundamentación doble de la permisión del riesgo: o la expresa autorización normativa para la realización del comportamiento de que se trate, o, no habiéndola, de una ponderación de bienes; así por ejemplo, BACIGALUPO, que sin embargo refiere que la autorización normativa constituye apenas un indicio de permisión del riesgo; y que remitiéndose al pensamiento de JAKOBS destaca que muchos riesgos actualmente permitidos tienen solo una legitimación tradicional, *Principios*, p. 190; o CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 74.

¹¹⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 488, desarrolla luego su propuesta, indicando el significado de cada una de las fases mencionadas.

habrá que considerar las especies de peligros posibles que mientras mayores sean, disminuirán en medida más importante los niveles de permisión¹²⁰.

También FRISCH propone un proceso de ponderación de intereses en conflicto, uno de los cuales es la libertad de acción, que solo debería limitarse por razones de necesidad de protección de otros intereses concurrentes; sin embargo, advierte que “el conflicto entre los *intereses en actuar y desarrollarse*, por una parte, y los *intereses* específicos en *conservar bienes*”¹²¹, constituiría apenas el principio de indagación, de un proceso complejo, en la medida que habrán de implementarse correctivos posteriores en sede misma de tipicidad y que tendrán que ver con la “idoneidad, necesidad o adecuación (proporcionalidad) de la intervención penal”.

d. La permisión del riesgo según la configuración social

La caracterización de la idea del riesgo permitido a partir de la ponderación de los intereses en conflicto, no ha estado exenta de críticas en la doctrina. MARTÍNEZ ESCAMILLA por ejemplo, señala que la permisión del riesgo está condicionada por la configuración social concreta, lo cual implica un concepto mucho más amplio que el derivado de la ponderación de intereses. Según esta autora, al determinar el carácter permitido o desaprobado del riesgo, no solo han de considerarse “la utilidad y la peligrosidad de la conducta, sino también otra serie de intereses que difícilmente podrían ser calificados de sociales”, y ejemplifica con el perjuicio económico que se produciría a los fabricantes de automóviles si se decretara una reducción de la velocidad máxima de circulación por carretera, debido a la falta de interés de los compradores en gastar su dinero en un vehículo cuya potencia no pudieran disfrutar. Complementa su razonamiento para justificar una determinación normativa del riesgo permitido que no quede condicionada por la peligrosidad de la conducta o su utilidad social,

¹²⁰ CASTALDO, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, pp. 234 a 237.

Lo incierto de los criterios que sustentan las líneas que separan los distintos criterios de legitimación del riesgo a los que se viene haciendo alusión, se puede constatar cuando se observa que este mismo autor en otro texto alude a una legitimación del riesgo en clave de relación costo-beneficio: “En cuanto a la concreción del concepto, el umbral de la relevancia, por ende el límite a partir del cual el legislador ya no considera congruente la puesta en peligro del bien jurídico “expuesto”, varía según el clásico análisis *cost-benefits* (costos-beneficios), en conexión con el tipo y la utilidad social de la acción emprendida”, *La imputación objetiva*, p. 71.

¹²¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 90, cursivas en el original.

al afirmar que “previsiblemente la sociedad no estaría dispuesta, por ejemplo, a admitir la explotación y utilización de energía atómica si de ello se derivaran el mismo número de víctimas que produce el tráfico rodado”¹²². Para esta autora, ello responde a una serie de consideraciones sociológicas, que aunque se intuyen muy sugerentes, no desarrolla.

En relación con este mismo punto, y de forma similar, manifiesta JAKOBS que: “la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido por medio de una proporcionalidad entre costes y beneficios, concretamente entre libertad de comportamiento y puesta en peligro de bienes, se ve defraudada, pues falta un criterio válido de valoración, criterio sin el cual todo cálculo pierde su validez”¹²³.

Según este autor, la permisión del riesgo depende de la configuración específica de la sociedad, lo que supone el empleo de un método prejurídico al determinar lo permitido: “por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada”¹²⁴.

La citada postura da pie a por lo menos dos observaciones: la primera es que si la crítica a la ponderación de intereses como factor de permisión del riesgo depende de la falta de concreción de los criterios para solucionar esos conflictos, la propuesta de remisión a la estructura sociológica pre-jurídica, como el espacio adecuado para la determinación de lo permitido, no comporta un paso adelante en la solución de este problema, dada la ausencia de algún criterio metodológico para la valoración de ese espacio previo a lo jurídico. Y la segunda es que, de todas maneras, la permisión jurídica de determinados riesgos debe quedar sujeta a criterios jurídicos y no a meros criterios sociológicos. De hecho, como se verá a continuación, el propio autor alemán parece adoptar esta vía cuando propone los criterios para

¹²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 134.

¹²³ JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 120.

¹²⁴ JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 121. A su vez, esto le permite afirmar a continuación que: “lo socialmente adecuado, específicamente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución”, p. 122.

En sentido similar FEJOO: “El riesgo permitido es un instituto básico de la teoría jurídica del delito para determinar cuál es el cuidado necesario en el tráfico, pero esa determinación depende de una ponderación de intereses extrapenal que no le corresponde realizar ni al juez, ni al dogmático. Esa ponderación determina el contenido y los límites de la norma de cuidado”, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 196-197.

determinar la permisión o no del riesgo. En efecto, para realizar la operación de atribución al riesgo de carácter lícito o desaprobado, autores como el mismo JAKOBS, tienen en cuenta una serie de criterios auxiliares en la realización de dicha tarea, que permiten afirmar la existencia de pautas jurídicas de concreción del riesgo permitido, más firmes que la sola remisión a la estructura sociológica previa a la valoración jurídica.

Así, el profesor alemán señala que no es permitido el riesgo que ha sido objeto de expresa prohibición por algún sector del ordenamiento jurídico; y a continuación matiza dicha afirmación al reconocer que en algunos sectores de tráfico jurídico caracterizados por su constante evolución, no es procedente la expedición de reglamentaciones jurídicas, por lo que afirma entonces la necesidad de acudir a la *lex artis*, en casos como el de la medicina, o a las normas técnicas, en sectores como el de la industria¹²⁵; finalmente, señala que en ámbitos carentes de cualquier tipo de reglamentación administrativa o particular para la ejecución del comportamiento ha de tomarse como referente el “estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo que ciertamente –admite el autor citado– constituye una determinación de límites imprecisos”¹²⁶.

REYES ALVARADO por su parte, propone el empleo de criterios semejantes para determinar la permisión o no del riesgo en la situación concreta:

“la aprobación o desaprobación de un riesgo no depende de su aislada existencia sino de su evaluación con base en ciertas reglas de conducta socialmente admitidas, las cuales pueden estar representadas por una normatividad..., o pueden no estar contenidas en una normatividad pero ser reconocidas por la comunidad... Ese juicio de desaprobación depende fundamentalmente de la manera como cada sociedad se encuentre organizada y de la forma como en consecuencia se educa a sus miembros”¹²⁷.

Luego clasifica las fuentes normativas de permisión del riesgo en normas penales, normas no penales y reglamentaciones extrajurídicas escritas y no escritas; y entre las últimas,

¹²⁵ JAKOBS, *Imputación objetiva*, pp. 125-126.

¹²⁶ JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 127.

¹²⁷ REYES, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 120-121.

incluye las provenientes de asociaciones profesionales como las de médicos, ingenieros o arquitectos, así como las acordadas para la regulación del ejercicio de algunos deportes¹²⁸.

Si se observa bien el planteamiento de los últimos autores citados, se puede señalar, de un lado, que con las pautas propuestas por ellos difícilmente se podría entender que la permisión del riesgo dependa de la remisión a una estructura pre-jurídica, en la medida en que siempre parece existir la búsqueda de un referente normativo en función del cual calificar el riesgo; y de otro lado, que el carácter jurídico de algunas de las pautas de permisión o no de éste, confiere a reglamentaciones jurídicas de carácter secundario un papel principalísimo y casi directo en la determinación de la licitud o no de éste, lo que por lo menos resulta discutible.

En efecto, ese papel tan relevante de las reglamentaciones “secundarias” en la determinación de la permisión o no del riesgo, resulta problemático, si se asume que no toda infracción de un precepto administrativo, o más aún, de alguna norma “secundaria” tiene el sentido de protección de bienes jurídicos que sí tiene la norma penal¹²⁹. El aspecto positivo de dicha remisión es el de que la adopción de una solución normativa para la valoración del riesgo, libera al ciudadano del deber de efectuar él la ponderación de los intereses concurrentes. La solución expresa del conflicto por parte de una instancia a la que se reconozca esa capacidad favorece la seguridad jurídica. En un espacio distinto, el de las

¹²⁸ REYES, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 123-131.

¹²⁹ Este riesgo ha sido advertido por PAREDES CASTAÑÓN en términos similares: “Por otra parte, la naturaleza de reglas técnicas -aunque se trate de reglas técnicas normativamente moduladas- que poseen las reglas de conducta hace que, en definitiva, no sea posible, al menos en Derecho Penal, configurar el injusto exclusivamente a partir de la mera infracción, incluso de la infracción de su sistema. Ello, en mi opinión, entraría en contradicción con un principio básico limitador del *ius puniendi* en nuestro sistema penal, como es el principio de ofensividad (en cuanto derivación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). Es por esto por lo que, ..., el desvalor objetivo de la conducta no puede ser configurado exclusivamente como infracción de las reglas de conducta, sino que, por el contrario, ha de estar dotado de un contenido material más preciso. Y dicho contenido vendrá dado, precisamente, por la creación a través de la conducta de un riesgo para el bien jurídico-penalmente protegido que resulte ser superior al nivel máximo permitido (normativamente establecido). Lo que, precisamente en virtud de la generalidad, carácter incompleto e insuficiente toma en consideración de los aspectos valorativos implicados (señaladamente de la ponderación de otros intereses concurrentes en el caso concreto,...), no queda en absoluto garantizado con la mera infracción de las reglas de conducta”, *Riesgo permitido*, pp. 114-115.

normas penales en blanco, se presenta un problema similar, y algún sector de la doctrina¹³⁰ entiende que ese recurso presenta aspectos positivos en relación con ese valor de seguridad jurídica en relación con el mencionado punto de vista: el de la solución del conflicto que implica la ponderación, que en consecuencia no correspondería más al ciudadano.

De lo expuesto, y de momento, cabe concluir que la valoración del riesgo como permitido o desaprobado penalmente puede hacerse mediante el empleo de otras instancias normativas, cuando existan; pero que el empleo de éstas ha de suponer como mínimo, que esa otra norma tenga un sentido de protección del bien jurídico. De no ser así, no resulta satisfactorio entender desvalorado el riesgo en clave penal.

2. El factor cuantitativo y la permisión del riesgo

Los planteamientos doctrinales referentes a la legitimación del riesgo, tienden en general a privilegiar los factores “cualitativos”, según lo acabado de exponer, en la determinación de su permisión o no; sin embargo, es pertinente preguntarse si una vez establecida la permisión del riesgo con fundamento en factores *cualitativos*, hay lugar a indagar por la relevancia del factor *cuantitativo*, es decir, por si la magnitud o cantidad del riesgo influye en su permisión o desaprobación. La pregunta resulta pertinente, dada la existencia de planteamientos doctrinales que le niegan relevancia a este factor.

ALCÁCER, por ejemplo, advierte sobre la necesidad de enjuiciar el riesgo a partir de pautas valorativas generales, que superen el problema del *quantum*, que tendría un valor apenas orientador del enjuiciamiento a hacer del comportamiento¹³¹. REYES ALVARADO, por

¹³⁰ Sobre esta cuestión, DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales*, pp. 147, 149.

¹³¹ “Es inevitable, y más si ese peligro se determina desde una perspectiva *ex ante*, recurrir a criterios probabilísticos para determinar el grado de peligro. Pero tras ellos lo único que se habrá obtenido es un dato fáctico, estadístico, de tal peligro, no la base de valoración que disponga a partir de que grado de peligro habrá de considerarse prohibido. Como puso de manifiesto GIMBERNAT, todo señalamiento de un punto concreto a partir del cual sea prohibido el peligro -la acción peligrosa- sería arbitrario, y las acciones que quedasen a izquierda y derecha de esa barrera serían casi idénticas”, ALCÁCER, “El juicio de adecuación de la conducta”, p. 484.

su parte, conectando las ideas de disminución del riesgo y de creación de uno nuevo al procurar la indemnidad del bien jurídico, califica de

“incorrecta la difundida afirmación de que toda conducta que disminuye un peligro no es generadora de un riesgo desaprobado, en cuanto asume equivocadamente que el factor determinante de la desvaloración del riesgo es su simple elevación o disminución cuantitativa”,

y ejemplifica con el caso de quien para evitar la herida mortal de bala a otra persona la empuja desde un segundo piso del que cae y sufre la fractura de un brazo, pero evitando el impacto del proyectil¹³². Este autor propone que la solución de este problema se debe buscar en el estado de necesidad, pero no en la legitimación del riesgo en atención al aspecto cuantitativo.

La negativa a conferir relevancia al aspecto cuantitativo del riesgo en la determinación de su licitud o ilicitud¹³³, y la opción por solucionar el asunto mediante el recurso al estado de necesidad, con lo que para casos como el planteado por REYES coinciden no pocos autores¹³⁴,

Crítico también con una visión meramente cuantitativa del riesgo, para calificar su permisión o desaprobación, FEIJOO: “El problema del riesgo permitido no tiene nada que ver con la medida ontológica del riesgo, sino con su relevancia para la norma penal”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 336.

¹³² Manifiesta el autor que “la consideración de un riesgo como jurídicamente desaprobado no depende de la elevación o disminución del riesgo como tal, sino exclusivamente de que el autor se comporte de manera diversa a como le era exigible, esto es, la desaprobación del riesgo se deriva exclusivamente de la defraudación a expectativas de comportamiento social”. REYES, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 167-168.

A favor de que la disminución del riesgo excluye la ilicitud, sin necesidad de efectuar las diferenciaciones que más adelante se propondrán, BUSTOS, *El delito culposos*, p. 66.

¹³³ La conclusión de REYES ALVARADO acerca de la invalidez del factor cuantitativo para determinar la licitud del riesgo se ve precedida sin embargo de una serie de afirmaciones en las que se destaca la importancia del mismo. Así por ejemplo: “cualquier actuación que habiendo sido desplegada conforme a las previsiones vigentes para la minimización de los peligros genere un riesgo será tolerada en cuanto no excede los límites preestablecidos, mientras toda aquella conducta con la cual se genere un peligro mayor del permitido será considerada como generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado en cuanto elevó el riesgo mínimo tolerado”. *Imputación objetiva*, 3 ed., p. 166.

¹³⁴ Y, a su vez, conecta con los planteamientos que en su momento formulara ARMIN KAUFMANN en su crítica a la imputación objetiva, que entendía que estas cuestiones se solucionaban mediante una adecuada determinación de los contornos del bien jurídico, “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, pp. 810-811.

constituye una advertencia importante respecto a la necesidad de diferenciar tanto los bienes jurídicos sometidos al riesgo, como la identidad de cada uno de los procesos de riesgo que se den en la actuación que ha de ser valorada por el juez.

Sin embargo, parece que la relevancia del factor cuantitativo en la permisión o no del riesgo opera en dos niveles distintos, uno de los cuales, es anterior al de la ponderación de bienes penalmente protegidos, que pudieran entrar en conflicto; ese problema particular tiene que ver con que en determinados supuestos la tolerancia con ciertos riesgos está condicionada por el hecho de que no superen cierto nivel, resultando ilícito el riesgo a partir de un cierto punto en que su magnitud lo torna intolerable.

Ese parece ser el sentido de la imposición de límites máximos de velocidad en la conducción de automotores en determinadas vías; lo cual evidencia que existe disposición a permitir ciertos riesgos, pero siempre y cuando no se supere el umbral máximo que el ordenamiento jurídico está dispuesto a permitir. En esta primera manifestación del problema, se pone de presente la cuestión de la legitimación aquí llamada cualitativa del riesgo.

El segundo problema podría presentarse como relacionado con la magnitud del riesgo para bienes jurídicos en conflicto; sin embargo, en casos como el propuesto en la transcripción anterior, más que de la “cantidad” de riesgo, de lo que se trata es de la solución del conflicto que se presenta entre bienes de desigual importancia para el ordenamiento, como la vida y la integridad personal, por lo cual el planteamiento de la cuestión como un problema relativo a la relevancia de lo cuantitativo en la permisión del riesgo, podría no ser adecuado.

Así las cosas, el problema quedaría mejor planteado cuando se alude a situaciones en que desde la perspectiva *ex ante* la actuación se manifiesta adecuada para disminuir la peligrosidad a que venía expuesto un único bien jurídico: como cuando se amputa un miembro para evitar que la gangrena produzca una severa agravación en la condición física del paciente.

En los casos de disminución de la peligrosidad de un proceso de riesgo en curso para un único bien jurídico, existe la necesidad de indagar por los efectos de tal situación, dadas las consecuencias que tendría para el bien jurídico el no aminorar la magnitud del riesgo. Aunque

Sobre el carácter de la permisión del riesgo como causal de atipicidad o de justificación, cfr. nota 113.

la precisión no pareciera necesaria, cabe insistir en que no se discute en este momento el problema del incremento del riesgo como factor de atribución del resultado, problema que se analizará más adelante.

En consonancia con lo dicho, no es posible descartar que la permisón del riesgo esté en función del mantenimiento de éste dentro de determinados niveles; es decir, que se permita la generación de un riesgo mediante una determinada actividad, siempre que la peligrosidad que entraña dicho contacto no desborde el marco de lo que el ordenamiento jurídico está dispuesto a tolerar; en esas condiciones, si no se supera el umbral máximo de riesgo permitido, el ordenamiento jurídico habrá de considerar irrelevante la conducta generadora del riesgo.

Las consideraciones anteriores hacen necesario entonces indagar por los efectos de la disminución o el incremento *ex ante* de un riesgo preexistente.

a. Disminución del riesgo

Uno de los asuntos más debatidos respecto a la teoría de la imputación objetiva, es el atinente a la licitud o no de la conducta que atenúa la peligrosidad preexistente. Sobre esta cuestión considera ROXIN que “Lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal”¹³⁵.

¹³⁵ ROXIN, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación”, p. 131. Cuando se habla de la disposición final del acto, no se alude a la “dirección final” del curso lesivo a la manera de los autores finalistas, sino a la “capacidad objetiva de pretender” con él. Sobre el significado de esta expresión, ROXIN, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación”, p. 135; BERDUGO Y OTROS, *Curso*, 2 ed., p. 230; TORÍO, quien habla de posibilidad objetiva de emprender, “Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva”, p. 36.

La concreta alusión en el caso a una disminución del peligro para la integridad corporal, resulta de la ejemplificación de esta situación a partir del supuesto, citado con frecuencia, de que alguien observa que un objeto se dirige hacia la cabeza de otra persona, siendo posible que le produzca alguna herida de gravedad, logrando el primer sujeto desviar la trayectoria del objeto de tal manera que el impacto se produzca en un hombro o un brazo del afectado.

De todas maneras cabe destacar que este mismo autor señala que este planteamiento tiene carácter general, es decir, no limitado a riesgos para la vida o la integridad física: “Esto equivale para todos los supuestos de mitigación de sucesos dañinos”, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación”, p. 131.

Dada la finalidad de protección de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal, resulta válido considerar que solo deberían tenerse por ilícitos, comportamientos que, desplegados por el agente, generen para el bien jurídico una situación de riesgo que no se habría presentado de no realizarse la conducta potencialmente lesiva: si el bien jurídico se hallaba en condiciones de seguridad por lo controlado del riesgo, no debería ser ilícita la realización de una conducta que no desestabiliza ese riesgo. Esa persona, al atenuar la magnitud de los riesgos, ha puesto el bien jurídico en una situación más positiva de la que cabía esperar sin su intervención.

De allí, sin embargo, se derivan por lo menos dos problemas. El primero, el de la licitud o no de la actuación del sujeto que estaba en condiciones de realizar una conducta que pudiera aminorar en mayor medida o incluso neutralizar por completo el riesgo¹³⁶; y el segundo, el del tratamiento a dispensar a los casos en que el sujeto, para neutralizar un riesgo para el bien jurídico, crea para éste un riesgo distinto, aunque de menor intensidad al preexistente.

Respecto a la primera de las cuestiones, la doctrina mayoritaria parece contraria a sancionar un comportamiento en el que concurra la circunstancia descrita; salvo que en cabeza del sujeto estuviera radicado, por su condición de garante, un deber de neutralizar el riesgo¹³⁷. En estos casos el problema se trasladaría al ámbito de los delitos de omisión¹³⁸.

¹³⁶ Armin KAUFMANN, “¿Atribución objetiva?”, p. 811; quien considera que estos problemas apuntan en realidad a la interpretación de los tipos y a la determinación del bien jurídico que será lo que en últimas determine si el resultado es típico.

A esto replicó ROXIN que “no se indaga primero la tipicidad de un resultado y luego se comienza con la imputación, sino que ambos pasos elementales son idénticos”, “La problemática de la imputación objetiva”, p. 757.

¹³⁷ “Una conducta que reduce el riesgo de lesión de producción de determinadas lesiones de bienes no es una conducta prohibida desde el principio; lo que en todo caso puede recriminarse desde el punto de vista jurídico es no haber reducido suficientemente el riesgo”, FRISCH, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 60.

¹³⁸ En el que manifestará toda su relevancia la cuestión relativa al vínculo normativo que debe existir entre la actuación ilícita y el resultado, y a la determinación de los efectos que tendría el que con una conducta ajustada a derecho el resultado posiblemente también hubiera podido producirse. Además, deberá determinarse la condición de garante del médico. El problema inicial pareciera una cuestión de injerencia; pero con independencia del carácter ilícito o no que debe tener la actuación inicial del injerente, un sector de la doctrina viene sosteniendo que la equiparación estructural entre comisión y omisión impropia exige no solo que el

Ello significa, por ejemplo, que incurriría en una omisión ilícita el médico que ante una situación de compromiso para el bien jurídico, se abstiene de emplear los medios disponibles y adecuados según la *lex artis* para neutralizar el riesgo, limitándose a adoptar medidas apenas paliativas. Ahora bien, que el médico responda por acción o por omisión, no dependerá del resultado mismo (muerte o agravamiento de la enfermedad), sino del comportamiento que debió desplegar para neutralizar o minimizar el riesgo.

Para terminar, cabe señalar que en el ámbito médico no son ocasionales, sino muy frecuentes, hipótesis en las cuales coinciden en el tiempo la omisión de las medidas científicamente aconsejadas para la prestación de una atención adecuada al paciente, y la práctica de medidas contraproducentes para la salud de éste, y que hacen muy difícil diferenciar el carácter comisivo u omisivo de la actuación, para lo que resulta de ayuda establecer bajo cual de dichas modalidades de comportamiento se genera el riesgo jurídicamente desaprobado¹³⁹. De todas maneras, la diferencia pierde en medida importante su relevancia si se tiene en cuenta que el profesional de la salud, a través de la ejecución del tratamiento ostenta una posición de garante, lo que facilitará la equiparación estructural entre la eventual omisión generadora del riesgo ilícito con la comisión, a efectos de la aplicación de las estructuras relevantes para la imputación de responsabilidad.

La segunda cuestión que se anunciara es la relativa a la creación de nuevos riesgos para el bien jurídico, o para bienes jurídicos distintos de aquél que se buscaba salvaguardar: cuando se trate de un mismo bien jurídico, la solución la ofrece la atipicidad por permisión del riesgo, en la medida en que la conducta haya puesto al bien jurídico en una situación más positiva; por el contrario, cuando se trata de la creación de riesgos menores, para bienes jurídicos diversos, la solución adecuada la ofrece el estado de necesidad¹⁴⁰.

médico inicie a actuar como tratante, sino además que se genere una situación de dependencia del bien jurídico en función de la confianza del paciente. Sobre esta última cuestión, SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del médico por omisión”, I, 10; “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión”, p. 170; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, pp. 17 y ss.

¹³⁹ Sobre los criterios de diferenciación entre comisión y omisión, SILVA SÁNCHEZ, ““Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción”, *passim*. Otras referencias en nota 37.

¹⁴⁰ En sentido contrario STRATENWERTH: “También concurre un conflicto análogo a la colisión de bienes en aquéllos supuestos en que no están en cuestión varios bienes jurídicos, sino que un mismo bien jurídico solo

b. La elevación del riesgo

Conferir relevancia al factor cuantitativo en la permisón o desaprobación de la peligrosidad, implica asumir que el ordenamiento jurídico autoriza ciertos riesgos, siempre que no superen determinado umbral; de manera que la ejecución de comportamientos generadores de una peligrosidad que lo supere, permite considerarlos ilícitos¹⁴¹.

Vinculada esta cuestión a los criterios generales de permisón del riesgo, la licitud de éste por razón de su magnitud implicará que sobrepasado el umbral de lo que el ordenamiento jurídico está dispuesto a permitir, en términos de relación costo-beneficio se elevarán los costos por encima de los beneficios, desapareciendo con ello las razones para la permisón; o que, con independencia de los costos para otros intereses dignos de protección, riesgos tan elevados dejan de considerarse irrelevantes.

Si la legitimación del riesgo se vinculara a las reglas de configuración social, ello no se opondría a que se validaran contactos sociales generadores de riesgos para terceros, y a que en determinados ámbitos la justificación opere solo hasta determinado nivel; sin que haya razones que justifiquen la permisón de riesgos excesivos.

3. Análisis de las propuestas de legitimación del riesgo

El de riesgo permitido es un concepto que se asienta sobre una idea fundamental: la de que no toda posible afectación de un bien jurídico amerita la intervención del Derecho penal. Ahora bien, como tal, este concepto requiere de criterios que ayuden a precisar su contenido; es decir, que además de señalar que existen comportamientos generadores de riesgos permitidos, debe indicarse la razón de dicha permisón.

Dos son las propuestas básicas de fundamentación teórica del concepto: o la ponderación de intereses, o el desarrollo consecuente de determinadas estructuras

puede ser salvado de un peligro grave exponiéndolo a otro peligro –como en el caso cotidiano de una operación riesgosa, hecha para salvar la vida–”, *DP, PG*, I, p. 209, nro. 99; ZUGALDÍA (Dir), *DP, PG*, p. 443.

¹⁴¹ Por ello se ha dicho que “...como creación de riesgo desaprobada, esto es, como conducta que realiza el primer requisito del comportamiento típico, han de considerarse las conductas que están vinculadas a un *incremento evitable* (y verificable) *del riesgo básico*”, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 111, cursiva en el texto.

sociológicas, incluso pre-jurídicas, relevantes para la configuración de la sociedad; sin embargo, aunque ambos criterios ofrecen pautas de solución satisfactoria para un amplio número de supuestos, existen algunas hipótesis generadoras de un riesgo cuya ilicitud no podría explicarse en función de tales pautas generales.

Por ejemplo, no parece razonable hablar de un conflicto de intereses en el caso del anestesiólogo que en el transcurso de una cirugía desatiende los monitores, concentrado en el atraso en los pagos de la hipoteca de su casa o en el examen que debe hacer a sus alumnos de la facultad al día siguiente, dejando, por esa desconcentración, de percibir una alteración en las constantes vitales del paciente, y de brindarle la atención que dicha situación exigía, a consecuencia de lo cual éste fallece. Tampoco parece haberlo en el caso del anestesiólogo que durante un procedimiento quirúrgico en momentos previos a la ocurrencia de una complicación que hubiera hecho necesaria su intervención inmediata, simplemente se ausenta del quirófano.

En casos como éstos es clara la concurrencia de un interés del paciente en su salud, sin que se observe ningún interés, por lo menos si se parte del significado natural de dicha expresión, que concurra en el médico y que entre en conflicto con el primero. En la hipótesis planteada sería muy difícil fundamentar la permisión del riesgo a partir de la ponderación de intereses concurrentes, como suele proponer la doctrina, al no observarse en dicha situación ningún interés relevante distinto al del paciente a su salud.

De otro lado, es conveniente revisar el papel de factores extra o pre-jurídicos en la permisión del riesgo, pues pareciera que la valoración del mismo, aunque no se cuente con un sustento normativo expreso, es siempre una cuestión de derecho. Por ende, la aparente tolerancia social con la generación de determinados riesgos no los torna lícitos *per se*, debiéndose valorar los intereses concurrentes a partir de criterios estrictamente jurídicos, que, por supuesto, tengan en cuenta la estructura axiológica imperante en la sociedad¹⁴².

Esa valoración, que es jurídica, habrá de considerar las necesidades o posibilidades de protección del bien jurídico, el ámbito de significación posible del tipo o tipos penales

¹⁴² Sobre la legitimación histórica de riesgos FEIJOO, “El riesgo permitido”, pp. 215 y ss.; JAKOBS, *DP*, *PG*, 2 ed., p. 244.

aplicables al caso concreto¹⁴³, la importancia social de la actividad riesgosa, y también la magnitud y la tolerancia social con el riesgo. Así las cosas, las consideraciones de tipo sociológico o económico aunque deben tenerse en cuenta en la valoración no legitiman *per se* el riesgo asociado a la actuación; motivo por el cual el juez puede desvalorar jurídicamente la generación de un riesgo que desde consideraciones sociológicas pareciera permitido o tolerado.

Ello implica, por lo pronto, y en ausencia de reglamentaciones que lo permitan, que la posibilidad de desplazarse por carretera a 240 km/h pueden valorarla positivamente agentes sociales con intereses en la actividad automotriz (fabricantes, comerciantes, conductores, pasajeros, e incluso serle ello indiferente a los peatones, que en muchos casos tendrán el acceso vedado a las vías de alta velocidad), no obstante, en el caso concreto, podrían considerarse ilícitos los riesgos generados con una conducción en esas condiciones (por ejemplo, por elevar sustancialmente los riesgos de accidentes por colisión), y con ello tornarse ilícita la conducta¹⁴⁴.

¹⁴³ En este punto conviene señalar, como cuestión conexa, que en la discusión acerca de la necesidad y pertinencia de la teoría de la imputación objetiva, sus críticos la consideran superflua, por ofrecer una serie de instrumentos con los que ya contaba la dogmática tradicional, entre los que se confiere especial relevancia a la interpretación de las normas jurídicas, o a las demás categorías dogmáticas (acción y dolo, por ejemplo). El debate es especialmente importante en punto al concepto de riesgo permitido.

En este sentido señala HIRSCH: “Si, por el contrario, se abordan antes las cosas a partir de la existencia de los valores de los objetos de las normas que están detrás de los tipos penales, esto es, la acción prohibida y sus límites estructurales objetivos, de ahí se infiere el ámbito propio de esta problemática. La verificación de la acción es suficiente y la teoría de la imputación objetiva no es en absoluto necesaria, porque ya el análisis exacto de los criterios generales del comienzo de la acción y de la presencia de sus presupuestos esenciales conduce a soluciones que se corresponden con la realidad de las cosas”, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva”, pp. 62,63.

También MAIWALD, sobre la base de agrupar en los supuestos en los que, considera que la doctrina hace uso del concepto de riesgo permitido (deber de cuidado, acciones de salvamento, situaciones de excepción que obliguen a la inobservancia del cuidado debido y situaciones de defensa), afirma que el de riesgo permitido es un concepto apenas formal que pese a ello cumple una función sistemática relevante consistente en que “bajo esta caracterización, son resumidos casos de comportamientos peligrosos, los cuáles tienen en común la exclusión únicamente del disvalor de acción”. “De la capacidad de rendimiento”, p. 43. Para este autor todas las situaciones que pretenden explicarse mediante el concepto en referencia cuentan con fundamentos materiales que explican su licitud. La función de agrupamiento justificaría, según este autor, el mantenimiento del concepto.

Aunque existan intereses sociales de distinto tenor favorables a la permisión de la conducción de vehículos a altas velocidades, es discutible que de ello se pueda derivar la licitud de cualquier riesgo generado por la conducción de vehículos en esas condiciones. Ahora bien, como la protección que el Derecho penal dispensa a los bienes jurídicos es fragmentaria, habrá que determinar en clave jurídica si en aras de esos intereses concurrentes cabe replegar el ámbito de protección jurídico-penal de bienes como la vida o la integridad física de otros intervinientes en el tráfico.

El propio JAKOBS, defensor de la invocación a lo sociológico en este ámbito, destaca la necesidad de introducir criterios normativos de carácter jurídico al valorar la permisión o no del riesgo; y al tratar las relaciones entre el riesgo permitido y el estado de necesidad, manifiesta refiriéndose al primero de ellos, que:

“Paralelamente, solo podrá tener lugar cuando -a su vez, como en el estado de necesidad-, no solo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio *con arreglo a baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos*. Por eso el riesgo permitido tampoco se puede obtener teniendo en cuenta solo un patrón técnico; el patrón técnico determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración”¹⁴⁵.

En definitiva, la permisión del riesgo más que una simple constatación judicial sobre la relevancia social de los intereses concurrentes en un caso de conflicto entre ellos, o la apreciación de determinadas realidades sociológicas, implica toda una tarea de valoración de los intereses concurrentes en clave jurídica; valoración en la que habrán de tenerse en cuenta las cotas de riesgo que el ordenamiento jurídico está dispuesto a tolerar.

Así las cosas, la consideración de un riesgo como jurídicamente permitido o desaprobado no dependerá de consideraciones fácticas o sociológicas *per se* sino de una

¹⁴⁴ Corresponde entonces al juez la valoración del riesgo, para lo cual es necesario que tenga en cuenta los criterios en que se fundamentó el ciudadano, con el fin de establecer si lo que éste entendió permitido, sin serlo según el criterio judicial, pudo ser consecuencia de un error invencible que pudiera llegar a excluir o a modificar la responsabilidad penal.

¹⁴⁵ JAKOBS, *DP, PG*, p. 243, sin cursiva en el original.

valoración en clave jurídica, de factores con relevancia social, en la cual habrán de reconocerse consideraciones relativas a la necesidad o no de protección penal; y a otras a las que alude FRISCH, como correctivo posterior¹⁴⁶, relacionadas con la idoneidad de la intervención penal para “procesar” la situación derivada del conflicto entre los intereses concurrentes.

En conclusión, el juicio de permisión o no del riesgo es un juicio que corresponde al Derecho penal. Y si la intervención punitiva no resultara adecuada para afrontar el conflicto de intereses concurrentes, se deberá renunciar a la calificación del riesgo como desaprobado.

D. LA RELACIÓN ENTRE RIESGO PERMITIDO Y DEBER DE CUIDADO

Los defensores del concepto de riesgo como elemento nuclear del injusto penal, deben concretar también los criterios con ayuda de los cuales se debe determinar su licitud o ilicitud. Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada a la discusión que se ha dado en los últimos años en el ámbito de la imprudencia, entre defensores de la teoría de la imputación objetiva y del concepto tradicional de la infracción del deber de cuidado, dada la propuesta de los primeros de sustituir el concepto de infracción del deber objetivo de cuidado, sobre el que tradicionalmente se ha estructurado la tipicidad imprudente, por el de imputación objetiva.

La teoría tradicional ha empleado el criterio del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, como rector de la determinación de la ilicitud de los hechos; mientras que la teoría de la imputación objetiva, aunque no prescinde por completo de ese criterio, le confiere un papel secundario, que apenas entraría a operar en ausencia de otros, determinantes ellos sí, de la permisión del riesgo¹⁴⁷.

Sin embargo, cuando se hace un análisis detallado del debate se puede concluir que no existe una diferencia fundamental, distinta al papel que desde un punto de vista formal se le confiere al criterio del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el

¹⁴⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 156.

¹⁴⁷ CADAVID, “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación”, p. 69.

autor, si como base de la desaprobación *ex ante* del comportamiento se utilizan los criterios de la doctrina tradicional o los de la imputación objetiva¹⁴⁸.

En los planteamientos de quienes proponen calificar el riesgo a partir de una ponderación costo-beneficio, o de los demás criterios desarrollados por la imputación objetiva, no se renuncia al recurso del hombre medio de determinados caracteres. Lo que sucede es que se le emplea solo cuando los demás factores (normas administrativas de control de riesgos, *lex artis*, normas o pautas de actuación promulgadas por los agentes del sector de actividad social de que se trate, principio de confianza, etc., cfr. II,A,1,c) no permitan establecer el carácter permitido o no del riesgo. Lo más que podría pretenderse en relación con el criterio del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor, es que operara en ausencia de otros criterios, o eventualmente, ayudara a la corrección de los resultados insatisfactorios como consecuencia de la aplicación de los factores recién mencionados. Con todo, esta última función parece improbable, dado que la corrección de posibles resultados insatisfactorios se haría mediante la aplicación de los criterios básicos de

¹⁴⁸ Ante una diferencia que se limita en la práctica al papel del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, algunos autores expresan la conveniencia de seguir empleando la categoría de la infracción del deber de cuidado porque resulta brindar contenidos menos sometidos a la incertidumbre de la determinación normativa, que la categoría del riesgo permitido. A ello ha replicado FRISCH, que el problema de la opción por una u otra categoría es básicamente terminológico, y que “Con el reconocimiento de la infracción del deber de cuidado la referencia a la normativización excesiva y a los peligros de la falta de seguridad jurídica se torna inverosímil. Es difícil imaginar un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado”, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 44.

A este debate que ha alcanzado alguna resonancia en el Derecho penal de los últimos años, hay quienes le niegan toda relevancia. En este sentido, HERZBERG, “En la dogmática penal alemana se topa uno con distintos conceptos auxiliares, que uno por sí solo o varios juntos deben dirigir el reconocimiento del presupuesto de la ley... la “lesión del deber de cuidado”. Con él se corresponde la expresión... “superación del riesgo permitido”. Junto a ellos se encuentran declaraciones según las cuáles debe concurrir “previsibilidad”, “cognoscibilidad”, “evitabilidad” del resultado. Quien entiende algo de la materia sabe que las divergencias son puramente terminológicas”, “El delito comisivo doloso consumado”, p. 48. No obstante ello, parece que la adopción de un planteamiento u otro puede tener consecuencias importantes al determinar el deber de cuidado correspondiente a la situación concreta.

FIGUEIREDO entiende que la diferencia de propuestas parece relacionarse con un acento mayor o menor en el desvalor de acción (para la teoría de la infracción del deber de cuidado) o de resultado (para los defensores de la supresión de dicho deber), pero concluye que finalmente “las dos formulaciones son sustancialmente equivalentes”, “Velhos e novos problemas da doutrina da negligencia” p. 358.

desaprobación jurídica del riesgo; bien sea la ponderación de intereses, o bien las reglas de configuración social.

El otro nivel en el que el criterio del hombre medio se manifiesta relevante es el de la construcción de un modelo de actuación lícita, con el cual comparar la actuación efectivamente desplegada por el actor. La doctrina tradicional establecía el baremo de comparación mediante la elaboración de un modelo, el hombre medio, al que se atribuían determinados caracteres y del que, en consonancia con ello se esperaba un determinado comportamiento; en tanto que la doctrina reciente apunta más bien a valorar el riesgo mediante los criterios a los que ya se ha hecho alusión.

Lo que en el fondo se discute es la necesidad o no de un baremo que permita establecer la licitud de la actuación mediante su comparación con otra que esperara el ordenamiento jurídico. Ese sería el papel del criterio del “hombre medio”. Aunque haya una renuncia explícita a este último, lo que sí se puede constatar es una tendencia marcada a determinar la licitud de la actuación mediante un referente de comparación, sobre cuya concreción es que se presentan las diferencias doctrinales.

Así por ejemplo, REYES ALVARADO a pesar de su rechazo explícito al criterio del hombre medio, se remite a un modelo hipotético de actuación con el cual comparar la desplegada por el agente:

“Para la determinación de si un riesgo es o no jurídicamente desaprobado lo determinante no es entonces lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio eminentemente subjetivo como el del ‘hombre prudente’ para adoptar en su lugar uno claramente objetivo, fundamentado en la existencia de una posición de garante derivada de las expectativas de comportamiento social (deber de actuación). Desde este punto de vista, *la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado*; solo en este sentido es válido afirmar que las reglas de conducta social indicadoras de la forma como el individuo

debe conducirse constituyen una hipótesis que sirve de auxiliar metódico para la valoración del riesgo”¹⁴⁹.

Esta reflexión acerca de la relación entre la permisión o no del riesgo y el criterio del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el agente, es la que en la práctica implica definir la manera como se vinculan o no los conceptos de cuidado y de riesgo permitido.

En la práctica, el efecto de asumir una u otra postura es apenas perceptible. Como se verá, no son pocos los defensores de la referida sustitución que consideran que la permisión del riesgo generado con la actuación depende, en última instancia, de que en la realización de ésta se haya observado el deber de cuidado correspondiente a la situación concreta¹⁵⁰; y aunque se suele aludir a la idea de ponderación de intereses como fundamento de la permisión del riesgo, no parece que a pesar del empleo de denominaciones distintas, se renuncie a indagar por la diligencia o cuidado que según el ordenamiento jurídico correspondía a la situación¹⁵¹.

En estas condiciones, no existen diferencias relevantes en entender que en las bases de la responsabilidad por imprudencia se encuentra la infracción de un deber de cuidado, y que dicha infracción da lugar a la creación de riesgos no permitidos o jurídicamente desaprobados; o en proceder directamente al análisis de los criterios de desaprobación de riesgos.

Por ende, ante las escasas implicaciones de optar por uno u otro concepto para fundamentar el injusto imprudente, más que todo por su gran carga de significación, se utilizará el concepto de *infracción del deber de cuidado*, que además permite alertar sobre los

¹⁴⁹ REYES, *Imputación objetiva*, 3 ed, pp. 122, 123, cursiva agregada al original.

¹⁵⁰ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA para quien el “riesgo permitido será todo aquel que acompaña a un comportamiento *no lesivo del deber de diligencia objetivamente debido*”, *Imputación objetiva*, p. 136, cursiva en el texto.

¹⁵¹ Entre los autores que condicionan la permisión del riesgo a la observancia del cuidado requerido cabe mencionar a LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 643; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 51.

Con todo, es de anotar que la discusión acerca de la relación entre el concepto de riesgo permitido y la actuación dolosa todavía resulta problemática para sectores importantes de la doctrina. Al respecto, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, pp. 51 y ss.

riesgos de hacer de la infracción de normas extrapenales el fundamento de un injusto de gravedad calificada como lo es el injusto penal¹⁵².

E. ¿ADECUACIÓN SOCIAL COMO FACTOR DE PERMISIÓN DEL RIESGO?

La doctrina suele aludir a la adecuación social del comportamiento como factor de legitimación social de riesgos: la conducta socialmente adecuada no podría, en ningún caso, considerarse ilícita. Pese a que esta idea no pareciera gozar en la actualidad de los altos niveles de difusión que tuvo hasta hace algunos años, sigue constituyendo un importante referente para un calificado sector doctrinal, lo que hace conveniente una alusión específica a ella.

Se atribuye a WELZEL¹⁵³ la formulación de la idea de adecuación social, con la que proponía excluir del ámbito de lo punible una serie de comportamientos ceñidos a los márgenes de actuación aceptados socialmente¹⁵⁴. Con dicho criterio se pretendía resaltar la necesidad de que en el núcleo del injusto derivado de la realización de la conducta por cuya relevancia se indagaba, fuera constatable su dañosidad social, baremo irrenunciable de determinación de la ilicitud del comportamiento.

La principal función de la adecuación social sería posibilitar la declaración de atipicidad de las conductas que aunque subsumibles en el tenor literal de un tipo penal, en realidad no resultaban socialmente dañosas¹⁵⁵. En el fondo de esta idea se hallaba la

¹⁵² GIMBERNAT critica a JAKOBS su pretensión de sustituir la infracción del deber de cuidado por la idea de riesgo jurídicamente desaprobado: "... si una acción no ha superado el riesgo permitido tampoco es imprudente en el sentido del art. 1 CP; y si no es imprudente, entonces la ausencia de tipicidad viene fundamentada en un elemento de ésta expresamente exigido por la Ley (la imprudencia), y no en la imputación objetiva que opera con criterios no mencionados en la Ley para excluir la tipicidad de comportamientos precisamente imprudentes o dolosos causantes de resultados típicos", "¿Qué es la imputación objetiva?", p. 214.

¹⁵³ CANCIO, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, p. 13.

¹⁵⁴ Según el propio WELZEL que "las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social", *DP alemán*, p. 85. En sentido similar STRATENWERTH, *DP, PG*, 4 ed., p. 134, nro. 31.

¹⁵⁵ RUEDA MARTÍN entiende que es propia de la adecuación social la afectación de un bien jurídico "en el sentido de que el legislador no considera con carácter general típicamente relevante una acción que pretende

consideración de que en un Estado democrático no se debe impedir la realización de comportamientos que reflejen o desarrollen las pautas valorativas mayoritariamente aceptadas en la sociedad.

De este concepto se ha dicho que se asienta sobre un principio correcto de interpretación de los tipos penales, que a partir de criterios materiales propicia una sana restricción de su alcance posible; pero ello mismo explicaría lo limitado de su función, pues en el sentir de algunos autores mientras no sea derogada la norma que dispone la sanción de una conducta, la adecuación social no podrá constituirse en causal de atipicidad penal; sino en un mero criterio de interpretación restrictiva de los tipos¹⁵⁶.

A la adecuación social también se le ha negado autonomía conceptual, señalando su indefinición, pues podría cobijar supuestos muy diversos, en los que no es constatable la existencia de una única pauta de referencia. El propio WELZEL propuso algunos ejemplos que consideraba representativos de esta idea, incluyendo situaciones tan disímiles como la participación en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo; la gestión desventajosa de negocios ajenos; las lesiones corporales insignificantes; las privaciones de la libertad irrelevantes; la participación en pequeñas cantidades en juegos de azar prohibidos; el regalar a funcionarios públicos en la época de Navidad, etc.¹⁵⁷.

Dada la amplitud de aquel catálogo de supuestos “adecuados socialmente”, ROXIN¹⁵⁸ propuso dividirlos en dos grupos, que de todas maneras resultarían explicados por otras instituciones dogmáticas: el de los supuestos de riesgo irrelevante o permitido (la participación en el tráfico, la práctica de ciertos deportes, el trabajo en minas o industrias peligrosas, engendrar a un posterior delincuente, etc.); y el de supuestos no cobijados por el

alcanzar una utilidad social y para la que es absolutamente necesaria la afección de un bien jurídico conforme al ordenado funcionamiento de la vida social”, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 250-251.

¹⁵⁶ Así por ejemplo, RAMOS MEJÍA: “Pero el Derecho exige a su vez como expresión de su función de resguardo de la seguridad jurídica, que solo sea la ley y en su caso su legítimo intérprete con arreglo a las propias pautas legales quienes decidan sobre el carácter antijurídico o no de aquellas acciones que podrían presentarse en apariencia como socialmente adecuadas”, “El DP y la acción socialmente adecuada”, p. 186.

¹⁵⁷ WELZEL, *DP alemán*, 11 ed., p. 84.

¹⁵⁸ ROXIN, *DP, PG*, T. I, pp. 294-295.

ámbito de protección del tipo (el regalo que se le hace en Navidad a un funcionario público y los casos de lesión insignificante al bien jurídico).

Pese a propuestas como éstas, orientadas a reorganizar el planteamiento de WELZEL, la doctrina mayoritaria coincide en que los supuestos que se propuso recoger bajo dicho concepto, resultan explicados de manera más satisfactoria mediante otras categorías dogmáticas, en concreto, el riesgo permitido, y el criterio de insignificancia, como derivación del principio de lesividad.

Esas otras instituciones dogmáticas cumplirían también la que parece ser la función más importante de la adecuación social, esto es, ofrecer instrumentos que permitan una interpretación teleológica y restrictiva de los tipos penales¹⁵⁹.

Todo lo anterior ha permitido afirmar, recogiendo una idea mayoritaria, que “la teoría de la adecuación social ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto, pero (...) la misma no constituye un ‘elemento’ especial de exclusión del tipo e incluso como criterio interpretativo se puede sustituir por criterios más precisos. Por eso, esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática”¹⁶⁰.

Una consideración detallada del concepto de adecuación social permite coincidir con esta conclusión, pues además se observa que con él no se logra superar los problemas que presentan figuras afines como la del riesgo permitido, en aspectos como el de la legitimación del riesgo desaprobado por vía de su aceptación social. Y las funciones que en general se le

¹⁵⁹ Sentido éste destacado por la doctrina y aceptado por el propio WELZEL, aunque sin renunciar a otras funciones del concepto, *DP alemán*, p. 86.

¹⁶⁰ ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 297. Analizando las lesiones ocasionadas en la práctica deportiva alude ESER a la limitada eficacia de concepto de adecuación social para solucionar los problemas que plantea la cuestión, “Lesiones deportivas y derecho penal”, p. 1135. Este mismo autor analiza la pertinencia del concepto en los casos de dádivas a funcionarios en las épocas de navidad, supuestos de “corrupción” de bagatela, en ““La adecuación social”: ¿figura superflua o necesaria?”, *passim*.

reconocen son cumplidas también por el concepto de riesgo permitido, lo que le confiere a aquel concepto una muy escasa utilidad práctica¹⁶¹.

F. SOBRE LA LICITUD DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Pese a la necesidad y conveniencia sociales de la actividad médica, por muchos años el Derecho penal se ha mostrado inseguro al fundamentar las razones que determinan la licitud de su ejercicio. Y las dudas al respecto son aun mayores en lo que toca con la actividad quirúrgica, dada la incidencia de ésta sobre el organismo de los pacientes, mediante actuaciones que formalmente podrían adecuarse a los tipos de lesiones personales, como incisiones que afectan la integridad de los tejidos, o la amputación de órganos o miembros.

Por esta posibilidad de predicar su tipicidad formal, a la actividad médica en general y a la quirúrgica con resultados satisfactorios en particular, por mucho tiempo se les consideró típicas pero justificadas, en virtud del ejercicio de una actividad lícita, o del consentimiento del paciente¹⁶². En busca del mismo efecto de fundamentar la impunidad de estas actividades

¹⁶¹ De todas maneras debe advertirse que hay quienes consideran que la adecuación social ofrece criterios materiales de legitimación del riesgo que no alcanza a ofrecer la teoría del riesgo permitido. En este sentido, para MAIWALD: “Si se comparan, por tanto, ambas “figuras jurídicas” -la adecuación social y el riesgo permitido- teniendo en cuenta los criterios según los cuales ellas se configuran, se puede establecer que el riesgo permitido se agota en la referencia al carácter de “estar permitidas” de determinadas acciones riesgosas, mientras que la adecuación social expresa las razones materiales para el “estar permitidas” tales acciones”, *La capacidad de rendimiento*, pp. 17, 18.

¹⁶² La que se suele mencionar como la postura mayoritaria en la jurisprudencia alemana. En este sentido manifiesta PUPPE que: “Todo paciente que se somete a un tratamiento curativo que incide en su integridad corporal paga, en un primer momento, el restablecimiento de su salud, mediante un sacrificio de la misma. Adquiere la posibilidad de eliminar o, al menos, mejorar de su dolencia mediante un cierto riesgo de que ésta empeore definitivamente e, incluso, algunas veces, tiene que arriesgar su vida para aprovechar la oportunidad de prolongarla. Éste es el motivo (...) por el cual una intervención médica curativa, aunque esté amparada por la *lex artis* es una lesión corporal”, “La justificación de la intervención médica curativa”, p. 3.

Este, por ejemplo, es el planteamiento de ROMEO CASABONA, quien entiende que la actividad médica exitosa deviene atípica solo por falta de resultado: “si el tratamiento obtiene buenos resultados no se da ya el tipo objetivo del delito, pues no reproduce un menoscabo de la integridad o de la salud del paciente (...) sino todo lo contrario, la mejora del bien jurídico; si fracasa, (p. ej., fallece el paciente) aunque pueda concurrir el tipo objetivo fallará el subjetivo, el dolo, pues es incompatible con el fin de curar que mueve al médico”, “Ejercicio del derecho o profesión”, p. 2678.

con resultado positivo, se invocó también el argumento de la adecuación social; pero como se refirió en el apartado anterior, este concepto no aporta mucho más que otros, desarrollados por la dogmática penal, como el de riesgo permitido.

Sin embargo, las citadas causales de legitimación de la actividad médica no operarían en los casos de resultado infausto, en los que la actuación, en principio típica, devendría también antijurídica como consecuencia de la ocurrencia de un resultado lesivo distinto y adicional al que en condiciones normales hubiera debido generar *per se* la actuación del profesional, como una herida quirúrgica, por ejemplo.

Esa forma de razonar resulta insatisfactoria, pues al condicionar la licitud de la actividad médica en general, y de la quirúrgica en particular, al carácter insatisfactorio o no del resultado, hace depender el desvalor de acto del desvalor de resultado.

Para expresar lo cuestionable de este planteamiento, cabe traer a colación un argumento, si bien es verdad que de carácter relativo, desarrollado en el ámbito de la responsabilidad civil según el cual el deber de actuación de los profesionales de la medicina es de medios y no de resultados, lo que significa que el profesional de la salud debe desplegar las actuaciones indicadas de conformidad con la ciencia médica para la curación de los

En sentido similar, RUEDA MARTÍN para quien la solución más convincente en relación con la impunidad del tratamiento médico “es aquella conforme a la cual se entiende que (en) las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable no existe un desvalor penal del resultado porque entra en juego un criterio de exclusión que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor de resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa”, *La imputación objetiva*, p. 255; posteriormente esta misma autora, diferenciando la licitud de la actuación médica según la existencia de fin terapéutico o no y de resultado favorable o desfavorable, “La concreción del deber de cuidado”, II.

Villacampa plantea que “la ausencia de relevancia penal del tratamiento curativo cualquiera sea el resultado producido debe analizarse *ex ante*, y sin consideración alguna a la finalidad que informaba al facultativo que aplica el tratamiento o efectúa la prueba diagnóstica”, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, p. 72.

Sobre esta cuestión defiende ESER la necesidad de una comprensión que integre los distintos bienes jurídicos que entran en conflicto con ocasión del ejercicio de la profesión médica, “Medicina y D. penal”, p. 23.

Una relación de las propuestas de legitimación del ejercicio médico en la doctrina alemana, en GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., pp. 266 y ss.

pacientes, sin que tenga el deber de sanarlos efectivamente¹⁶³ (lo relativo deriva de la existencia en el ámbito médico de obligaciones de resultado, o de obligaciones de seguridad que obliga a matizar el carácter general de esa afirmación); lo que implica que la ocurrencia de un resultado lesivo no determina por sí sola la relevancia penal de la actuación.

Al imputar responsabilidad por homicidio o por lesiones imprudentes, la ocurrencia de un resultado infausto será un elemento necesario, pero insuficiente para la atribución de responsabilidad penal, pues dicho efecto debe estar precedido de una actuación de la que se pueda predicar un desvalor de acción; en otras palabras, la ocurrencia del resultado, no precedida de un desvalor de acción, resulta insuficiente para fundamentar la responsabilidad penal.

Ello significa que existen razones independientes de la ocurrencia de un resultado infausto que deben ser consideradas al valorar la licitud o no de la actividad médica, y que, desde luego, determinan que su ejercicio en abstracto se considere generador de riesgos permitidos, en tanto se observen las medidas dispuestas por el ordenamiento jurídico para que la peligrosidad del acto sea mantenida bajo control. El riesgo remanente a dichas medidas será permitido.

Solo cuando la inobservancia de las medidas que determinan la permisión del riesgo en concreto produzca efectos de peligro o de lesión sobre el bien jurídico podrá predicarse la configuración de un ilícito penal. En otras palabras, desde un punto de vista lógico, la pretensión de atribuir responsabilidad penal como consecuencia de la producción de un efecto adverso para la salud o integridad física del paciente a raíz de un tratamiento médico, supone constatar la inobservancia de las medidas que determinaban la permisión de los riesgos de la actividad; sin esta verificación previa, la sola producción del efecto indeseado no puede fundamentar de ninguna manera la realización del injusto. Además, la producción de un efecto inevitable y consustancial al desarrollo de la actividad tampoco dará lugar a considerarla como desvalorada. Un desvalor de resultado que no pueda atribuirse a uno de acto resulta incapaz de fundamentar un injusto penal.

¹⁶³ Sobre esta cuestión, GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho sanitario*, pp. 81 y ss.; ROMERO COLOMA, *El resultado desproporcionado en medicina*, pp. 113 y ss.

Si se asume que la permisión del riesgo constituye un factor de atipicidad, antes incluso que una causal de justificación, la utilidad social del ejercicio de la medicina constituye una premisa importante para establecer su licitud: el ejercicio de la medicina y de otras profesiones sanitarias estaría cubierto por una valoración positiva habida cuenta del beneficio social que las mismas comportan, y esa licitud inicial obligará a la adopción de determinadas medidas de contención o de control de riesgos; sin embargo, ese carácter genéricamente positivo del ejercicio de las profesiones médicas no determina la licitud de cualquier actividad que en virtud de ellas se despliegue.

En efecto, los desarrollos que en el último tiempo han tenido los derechos de los pacientes, que se vienen vinculando al derecho al libre desarrollo de la personalidad, exigen integrar esa primera apreciación respecto a la valoración general positiva de las actividades médicas y sanitarias con la relevancia de la autorización de quien ha de recibir los efectos del tratamiento, por lo menos en aquellos espacios en los que la actuación médica requiera de consentimiento o autorización previos del paciente. Ello, pues la licitud de los tratamientos médicos obligatorios no depende de la decisión del paciente, habida cuenta de la necesidad de protección de intereses distintos, generalmente colectivos o supraindividuales.

Por estas razones, como regla general, el paciente deberá ser consultado sobre las cuestiones que atañen a su salud, al ser ésta un mecanismo fundamental para su participación en sociedad; por lo que los tratamientos han de sujetarse a lo que apruebe o permita el titular del bien jurídico.

La licitud de la actuación médica se fundamenta entonces en la búsqueda de un resultado socialmente positivo que se debe armonizar con los intereses individuales de la persona que haya de ser sometida al tratamiento. El denominado consentimiento informado constituye así, salvo en los casos de tratamientos obligatorios, un presupuesto básico de la licitud de la actividad médica (cfr. II.A.1.e), que por ende condiciona la licitud de su ejercicio.

Aunque éste sería el espacio adecuado para el tratamiento de la problemática del consentimiento, buscando una mayor claridad acerca de los efectos de su concurrencia o de su ausencia y de los efectos de una y de otra situación, se hará una mención específica de estas cuestiones al final del capítulo siguiente, una vez que se exponga lo relativo a la infracción del deber de cuidado, y la *lex artis*.

CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

A continuación se analizarán los elementos integrantes de la estructura básica del tipo imprudente, asumiendo que su aspecto objetivo cuando se trata de un delito de resultado, que es el objeto de análisis en este trabajo, está integrado por la realización de un comportamiento infractor de un deber de cuidado que debe causar un resultado típico, con el que además debe estar vinculado por un nexo causal, y por una especial relación normativa¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Es ésta la postura de la doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, ROMEO CASABONA, para quien “Los elementos del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes son los siguientes: a) infracción del deber de cuidado; b) resultado material o peligro concreto en los delitos imprudentes de resultado; c) relación de causalidad en éstos; y, d) imputación objetiva del resultado”, “El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente”, p. 2.

El TS alude a los siguientes elementos como estructurantes de la responsabilidad por imprudencia: “1) acción u omisión voluntaria pero no maliciosa; 2)... poder o facultad del agente de poder conocer y prever un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3) infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados; 4) causación de un daño; 5) relación de causalidad...”, STS de 29 noviembre de 1991, Mg. CALVO-RUBIO, en sentido similar las STSs de 26 de febrero de 1996, Mg. PUERTA L.; 23 de octubre de 2001, Mg. JIMÉNEZ V.; de 29 de noviembre de 2001, Mg. CALVO-RUBIO.

La STS de 8 de noviembre de 1999, Mg. MARTÍNEZ A. utiliza una terminología más moderna: “La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción u omisión, que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución concreta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado”.

Al respecto, debe insistirse en algo que ya se adelantó y es que en los últimos años se ha discutido sobre la necesidad de mantener el concepto de infracción del deber de cuidado, proponiéndose su sustitución por el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado¹⁶⁵, que sería el desplegado en condiciones contrarias al ordenamiento jurídico. Como se señaló en su momento, el análisis de ambos conceptos permite concluir que no existen diferencias fundamentales entre ellos, ni en los efectos que generan para la atribución de responsabilidad, más allá del papel que se confiera al criterio de un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor.

En la primera parte se analizarán la infracción del deber de cuidado, que por las razones expuestas no difiere del concepto de riesgo desaprobado, para señalar en su caso las diferencias entre uno y otro, y más adelante el vínculo normativo que ha de mediar entre ella y el resultado. En la segunda parte se indagará por la existencia o no de un tipo subjetivo (entendido como vínculo entre la psiquis del sujeto y la realización típica) en el delito imprudente.

¹⁶⁵ La propuesta de remplazo funcional de un concepto por el otro, tiene un componente adicional, que es la pretensión, muy extendida entre los defensores de la teoría de la imputación objetiva, de construir un tipo objetivo común a los delitos dolosos e imprudentes, de manera que la diferencia entre el tipo de uno y otro, emergería de la tipicidad subjetiva, existente en el delito doloso, en la que se configuraría alrededor del dolo, e inexistente en el imprudente.

Sin embargo, algunos autores que consideran que el tipo subjetivo condiciona de manera determinante el ámbito de la licitud, como se desprende del famoso “caso Thyren”. Sobre este caso, y contra la propuesta de identificar los tipos objetivos de ambos delitos cfr. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 170.

En este último sentido, también, SCHÜNEMANN, “En efecto, la imputación objetiva del resultado es también relevante para el delito doloso. Sin embargo, a diferencia de ROXIN, considero posible que los criterios de imputación sean diferentes en el delito doloso con respecto a los del delito culposos, a saber más exigentes. Pues en el delito culposos no alcanza la creación de peligros inadecuados; si así fuera sería enormemente limitada la libertad de acción. En cambio, en el delito doloso, el riesgo permitido debe ser determinado al menos de un modo considerablemente más restringido en los casos en que el autor actúa con el propósito de lesionar... De ello infiero que los principios de la imputación objetiva deben ser considerados también respecto del delito doloso, pero debe rechazarse una identidad de los criterios o pautas de imputación para los delitos dolosos y culposos”, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, pp. 86,87.

Otras referencia al tema en RUEDA MARTÍN, “La concreción del deber objetivo de cuidado”, p. 338.

A. EL TIPO OBJETIVO

Como ha destacado la doctrina reciente¹⁶⁶ los conceptos de objetividad y de intersubjetividad no son coincidentes, ni tienen una significación similar en la construcción de las categorías dogmáticas. Cuando la doctrina mayoritaria emplea la expresión tipo objetivo, suele aludir con ella a los elementos de la tipicidad ajenos a la psiquis del sujeto o a tendencias de ánimo que tienen que ver con la generación y realización del proceso de riesgo desaprobados por el Legislador, a lo que habrán de aunarse otras características relacionadas con formas específicas de tipicidad que el Legislador haya previsto; sin embargo, en la actualidad es muy difícil sostener la diferenciación entre un tipo objetivo y uno subjetivo sobre la base de la pertenencia a uno u otro de elementos de la psiquis del sujeto, pues la tendencia a entender la tipicidad objetiva en el sentido de lo dotado de una determinada capacidad de significación intersubjetiva, obliga a reconocer que la concurrencia de algunos datos pertenecientes a la psiquis del sujeto es uno de los factores que determina el sentido y significación de la actuación¹⁶⁷.

No obstante esta última precisión, dada su tradición, se hará uso de las categorías de tipo objetivo y subjetivo, precisando sí que su significación no dependerá de la agrupación de elementos de una u otra naturaleza en compartimientos independientes entre sí. El análisis de los elementos de la tipicidad imprudente comenzará por el elemento que se considera nuclear en esta forma de tipicidad, es decir, la inobservancia del cuidado debido en el ámbito de relación en que se despliega la conducta, para analizar más adelante los criterios de atribución del resultado, que junto con aquéllos son los aspectos centrales de la denominada tipicidad objetiva.

¹⁶⁶ Así por ejemplo, REYES ALVARADO, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, p. 9.

¹⁶⁷ Así por ejemplo, GRACIA MARTÍN: “Si el juicio de antijuridicidad se lleva a cabo con un baremo tan objetivo como es el del ordenamiento jurídico, no se ve cómo aquél juicio desvalorativo podría dejar de ser uno de carácter solo “objetivo”. Esto, desde luego, no debería inducir a pensar que porque el juicio sea uno objetivo no pueda tener como objeto a uno entre cuyos componentes haya elementos subjetivos, pues lo que tiene un carácter absolutamente “objetivo” es el “juicio” mismo, mientras que el objeto sobre el que recae el juicio puede estar integrado, sin duda, por elementos objetivos y/o subjetivos”, *Fundamentos*, p. 111.

1. La inobservancia del cuidado debido

En un sistema de *numerus clausus* de punición de los delitos imprudentes, una característica básica de la descripción de la conducta por los tipos penales que integran las normas de sanción de los delitos culposos es la alusión a la culpa o imprudencia como característica de la conducta causante del resultado, la que consiste en la inobservancia del cuidado debido en el manejo de las fuentes de peligro que la persona ha puesto en marcha o que tiene el deber jurídico de controlar, factores que pudieran conducir a calificar el riesgo como jurídicamente desaprobado.

La imprudencia puede derivarse del manejo inadecuado de las fuentes de riesgo que en un principio el sujeto podía desplegar lícitamente, o de la ejecución de actuaciones vedadas por el ordenamiento jurídico al sujeto, quien sin embargo las emprende sin orientar el proceso de riesgo a la afectación del bien jurídico¹⁶⁸.

En el primer grupo de casos, la responsabilidad penal derivaría de la desestabilización del foco de riesgo mediante el propio comportamiento, al desplegarlo sin las medidas de precaución o de control del riesgo que imponía la situación¹⁶⁹.

Como se expuso en el apartado dedicado al análisis de la norma contentiva del delito imprudente, el deber de cuidado impone adoptar las medidas necesarias para neutralizar la peligrosidad asociada a las propias actuaciones u omisiones, de manera que no se superen los márgenes de riesgo tolerados por el ordenamiento jurídico, y evitar, en la medida que esa neutralización por lo menos parcial de riesgos lo permita, la afectación de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal.

Sobre la base de dichos planteamientos, se puede señalar que el ordenamiento jurídico exige someter a control los riesgos del comportamiento que se despliega, y en algunos casos,

¹⁶⁸ GIMBERNAT propone reunir las hipótesis constitutivas de imprudencia en dos grandes grupos: el de las actuaciones ilícitas desde el comienzo mismo de su ejecución, aunque realizadas sin el propósito de lesionar el bien jurídico; y el de las acciones lícitas en principio, por ser de permitida ejecución al sujeto, pero que luego, ante la modificación de las condiciones de ejecución, se tornan desaprobadas, que es lo que sucede en la mayoría de los delitos imprudentes. “Comisión, omisión e imprudencia”, p. 220.

¹⁶⁹ GIMBERNAT, “Comisión, omisión e imprudencia”, p. 232.

cuando se imponen deberes calificados de actuación, a neutralizarlos mediante la adopción de medidas de control, de manera que no se supere el umbral de lo permitido.

En función de ello, el cuidado puede ser caracterizado como un concepto normativo, que implica, o bien la adopción de las medidas necesarias para evitar que con la realización de un comportamiento se ponga en riesgo antijurídico al bien jurídico, o bien la no ejecución de la conducta que se proyecta realizar, si con ella ha de crearse una situación de peligro desaprobado para el bien jurídico que no se puede controlar, razón por la cual en los casos en que no se puedan garantizar las condiciones mínimas de seguridad para los bienes jurídicos que exige el ordenamiento jurídico, en aras de propiciar su indemnidad, o la reducción a mínimos tolerables de los riesgos asociados a la actuación, el sujeto deberá abstenerse de realizar el comportamiento¹⁷⁰.

El deber de adoptar medidas de precaución para evitar la afectación de bienes jurídicos, no implica, sin embargo, que los conceptos de cuidado y de absoluta evitación de riesgos sean equiparables, pues el sistema jurídico acepta que de relaciones o “contactos” sociales lícitos puedan surgir riesgos con relevancia social, inevitables en virtud de la ejecución misma de esas actuaciones, y por esa razón aceptados. El concepto de riesgo permitido posibilita explicar la licitud del riesgo remanente a pesar de la adopción de medidas de neutralización de la peligrosidad¹⁷¹.

A la creación de riesgos por debajo del umbral de lo permitido, no se asocian consecuencias jurídico-penales desfavorables para el ciudadano; pero ese efecto puede suponer también que el ciudadano deba adoptar medidas de control orientadas a no superar los niveles máximos de peligrosidad que el ordenamiento jurídico acepta o tolera.

La tipicidad del comportamiento en los casos de actuaciones no vedadas en principio al sujeto, depende de la entidad del riesgo que se genere o de la adopción de las medidas de

¹⁷⁰ En sentido similar PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 147.

Manifiesta MIR que el deber de cuidado externo se manifiesta a través de alguna de las siguientes actitudes: como deber de omitir acciones peligrosas (especialmente en casos de falta de preparación técnica); como deber de preparación e información previa; o como deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas; *DP*, *PG*, 8 ed., Lecc 11, pp. 290, 291, nums. 30-33, pp. 292.

¹⁷¹ Sobre esta cuestión, cfr. apartado I,C.

precaución que se debían desplegar en la situación específica. Éstas están condicionadas entre otros factores, por la permisión o prohibición abstracta de la conducta, el grado de peligrosidad y los bienes jurídicos en peligro, y de otras variables como las relativas al posible deber de neutralización de riesgos generados por terceros.

a. El concepto de cuidado

El cuidado es esencialmente un predicado del actuar, un adjetivo del comportamiento por cuya licitud se indaga¹⁷², y también lo es el carácter de permitido en relación al riesgo. Al caracterizar el primero de dichos conceptos, la doctrina sigue dos líneas básicas, que destacan bien un aspecto psicológico, o bien la adecuación externa.

Enfatizando el componente psicológico, el cuidado podría describirse, “como ‘prudencia interna’, ‘cuidado’(sic), ‘atención’, ‘esfuerzo del poder espiritual’”. Desde este punto de vista el cuidado sería “un mero proceso de pensamiento, la omisión del esfuerzo del pensamiento es el contenido del cuidado y el elemento fundamental del delito imprudente”¹⁷³.

La otra propuesta de caracterización, desarrollada por ENGISCH, y considerada mayoritaria en la actualidad, entiende el cuidado “desde el punto de vista de acción exterior corporal, como conducta exteriormente adecuada. La ‘conducta adecuada’ es el equivalente del cuidado externo que es independiente del ‘cuidado interno’ como **actitud interna del autor**”¹⁷⁴.

Esta diferenciación condiciona de manera determinante la valoración de los supuestos de hecho por parte del juez, pues del concepto de cuidado que se adopte depende la calificación del comportamiento como infractor del deber de cuidado, y con ello, como ilícito.

¹⁷² En consonancia con esto y en desarrollo de algunas ideas que se expondrán más adelante MUÑOZ CONDE afirma que: “El concepto de cuidado es, en primer lugar, un concepto objetivo y normativo”; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, *DP, PG*, 8 ed., p. 284.

¹⁷³ CORCOY, *Delito imprudente*, p. 97. Cursiva en el texto.

¹⁷⁴ CORCOY, *Delito imprudente*, p. 97, negrita en el texto; COBO/VIVES, *DP, PG*, 5 ed, p. 640.

Así las cosas, es necesario establecer si el cuidado se determina en función de la adecuación externa del comportamiento; si depende solo de la actitud interna; o si, finalmente, es un concepto complejo, integrado por facetas de carácter tanto externo como interno.

Esta cuestión es distinta de la relacionada con la determinación de la infracción del deber de cuidado a partir de baremos individuales o intersubjetivos, es decir, de la relativa a la concreción del deber de cuidado teniendo en cuenta las posibilidades de control del riesgo por el sujeto actuante, o de un modelo abstracto de actuación elaborado por el ordenamiento jurídico según el sector de tráfico jurídico en el que se realice el comportamiento correspondiente, con el que se compararía el que se va a enjuiciar.

MIR PUIG propone deslindar las dos cuestiones, a partir de la diferencia desarrollada por la doctrina alemana entre un “**aspecto objetivo-normativo** (la infracción del *objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico*)” que “condiciona ya la antijuricidad del hecho culposo” y otro “**aspecto individual** que atiende al *poder individual del autor* de observar el cuidado objetivamente debido y se incluye en la culpabilidad”¹⁷⁵; para señalar más adelante, remitiéndose a JESCHECK, que en la infracción del deber objetivo de cuidado pueden distinguirse un deber de cuidado interno, que obliga a la advertencia del peligro en la situación concreta; y un deber de cuidado externo que sería un deber de comportarse de conformidad con la norma de cuidado advertida.

Como punto de partida del análisis de la cuestión cabe señalar que en un Derecho penal que tenga por objeto la protección de bienes jurídicos y no el aseguramiento de determinada actitud en los ciudadanos, lo cuidadoso del comportamiento depende básicamente de la adecuación externa del mismo; de ahí que el mantenimiento del riesgo generado con la actuación dentro de los márgenes exigidos o tolerados por el ordenamiento jurídico, haga que el comportamiento resulte ajustado a derecho, con independencia de la actitud subjetiva del actor¹⁷⁶; solución que relega a un segundo plano el problema del cuidado interno.

¹⁷⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 11, nums. 20, 21, p. 289, negrita y cursiva en el texto; asumen también esta diferenciación, BERDUGO Y OTROS, *Curso*, 2 ed., p. 273.

¹⁷⁶ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN: “...la prioridad de la función de protección de bienes jurídicos entre las que el tipo de injusto cumple dentro del sistema penal conlleva, a mi entender, la consecuencia necesaria de que el juicio sobre la tipicidad -antijuricidad penal- de una conducta ha de referirse de forma fundamental a los

Y dado que ello constituye apenas un principio de indagación, también deben establecerse, entre otras cuestiones, el papel del cuidado interno, la relación entre la adecuación externa de la actuación y el “cuidado interno”, y la forma como éste habría de concretarse. De todo ello se desprende también la cuestión del papel que haya de cumplir la capacidad de atención y de procesar la información del sujeto activo, o de un modelo intersubjetivo de actuación elaborado por el juez.

El desarrollo de estas cuestiones obliga a reconocer que aun aceptando como correcta la diferenciación propuesta por JESCHECK entre deber de cuidado externo e interno, ya mencionada, con frecuencia será muy difícil distinguir los aspectos externo e interno del cuidado, por la constante imbricación entre los contenidos de uno y otro¹⁷⁷.

elementos externos de la misma. Y ello, porque, como venimos viendo, son estos últimos los que mantienen una relación directa con dicha función de protección”, *Riesgo permitido*, p. 354; en sentido similar, FRISCH: “Únicamente se da,..., una creación de riesgo tolerado que no sirve para la calificación de conducta típica cuando uno da lugar a que otro intervenga en el tráfico rodado o aéreo, exponiéndose así a los riesgos básicos tolerados característicos de estos subsistemas o ámbitos de la vida. Ello es así aun cuando ese ocasionar esté movido por *malévolas intenciones*”. De todas maneras se debe precisar que el autor señala la necesidad de precisiones ulteriores cuando “el desencadenar los riesgos básicos se lleve a cabo de forma *delictiva* o, ... cuando al enfrentar a otro a los peligros de estos subsistemas no solo se realice el riesgo residual inevitable,..., sino el riesgo de una conducta delictiva de *terceros*”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 110, las cursivas en el original.

¹⁷⁷ Así por ejemplo, la STS de 9 de marzo de 2002 (Mg. ABAD), analiza la responsabilidad que cabe a una médica de guardia que indaga de manera insuficiente por los efectos posibles del ácido acetilsalicílico en un paciente alérgico a ese medicamento, señalando que el deber de indagación, es el medio para cumplir con el deber de información: “...la acusada, antes de recetar medicina alguna, se informó de que D. padecía asma bronquial y preguntó sobre sus posibles alergias a medicamentos. Ello..., supone la existencia de una diligencia que elimina la calificación de imprudencia temeraria.

Pero, dada la enfermedad que padecía D. y las graves consecuencias que el medicamento podía suponer para enfermos de esa naturaleza, es evidente que el interrogatorio sobre estos extremos debió ser más completo e intenso. Dice el Fiscal en su informe que la pregunta obligada hubiera sido si era alérgico o no a la aspirina. ... La acusada no era el médico de cabecera de D., ni conocía sus antecedentes, ni disponía de su historial clínico, por lo que tenía que confiar en lo que le dijera el médico o su familia. Pero precisamente esa situación obligaba a la médica consultada a inquirir con mayor profundidad sobre los datos esenciales relativos a un paciente para ella hasta entonces desconocido”. Llama la atención el tratamiento contradictorio que se hace en el aparte citado del principio de confianza, según la caracterización que se verá más adelante.

Con independencia de la autonomía que se reconozca o no al deber de cuidado, cabe señalar que en tanto no se generen riesgos jurídicamente desaprobados, la conducta se tendrá por permitida; y que, a su vez, en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, habrá casos en los que no podrá tipificarse un injusto si no se constatan las condiciones que permitían al sujeto activo la adecuada aprehensión cognitiva de la situación, aunque las condiciones externas de realización del riesgo, sugirieran tener el comportamiento por desaprobado.

A la indagación sobre la existencia de un deber de cuidado interno se dedican las líneas siguientes.

b. ¿Existe un deber de cuidado interno?

Como ya se manifestó, la adecuación externa del comportamiento permite descartar el carácter imprudente de éste. Sin embargo, ello no resuelve la pregunta sobre si al ejecutar el comportamiento existe un deber de prever u obtener conocimientos.

Partiendo de una crítica a la diferenciación entre un deber de cuidado interno y otro externo, BURKHARDT ha señalado que el de cuidado es un “deber de obtención de conocimientos”; concepto coincidente con el que ENGISCH calificó de cuidado interno, denominación que según el primero de los autores induce a confusión¹⁷⁸.

En la propuesta del primero de los mencionados, ese deber de obtener conocimientos no se agotaría en la faceta meramente subjetiva del actuar, en

“una actividad mental (por ejemplo, reflexiones, esfuerzos de memoria, fijación de la atención, etc.),... sino que también podría consistir en la realización de acciones *externas* (como proveerse de información, analizar el estado de un objeto, medidas para mejorar los conocimientos, etc.). Como aclaración, valga entonces destacar que por ‘cuidado interno’ ha de entenderse el ‘cumplimiento de un deber de obtención de conocimiento’, y que todas las conductas (tanto internas como externas, por tanto) que

¹⁷⁸ BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, p. 176.

sirven a ese deber de procura de conocimientos (o bien de evitación de apreciaciones erróneas) deben ser incardinadas dentro del cuidado interno”¹⁷⁹.

Frente a este planteamiento está el de quienes niegan la existencia de un deber de cuidado interno, entendido como deber de previsión de los riesgos, por considerar que el carácter cuidadoso del comportamiento, depende de su adecuación externa. Así, dice JAKOBS que:

“No hay deber alguno de obtener conocimiento, sino solo deber de evitar acciones típicas cognoscibles en el supuesto de que sean antijurídicas; esto último puede efectuarlo el autor obteniendo conocimiento o, cuando no merece la pena el empleo de su atención necesaria para ello, omitiendo a ciegas”¹⁸⁰.

Contra el deber de obtener conocimientos, podría invocarse también que el ordenamiento jurídico dispensa un tratamiento similar a los supuestos de imprudencia

¹⁷⁹ BURKHARDT, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, pp. 176-177. Aluden también a un deber de cuidado interno, BERDUGO Y OTROS: “En primer lugar se distingue un *deber de cuidado interno o intelectual*, o deber de *previsión*, que requiere a los ciudadanos advertir la presencia o creación del peligro. La falta de este conocimiento previo da lugar a la imprudencia o culpa inconsciente” *Curso*, 2 ed., p. 273; ARROYO ZAPATERO: “La primera y más elemental exigencia de cuidado que el Ordenamiento impone a quien interviene alterando el orden natural de protección es la de reconocer los peligros para los bienes jurídicos ... Este deber de prever es presupuesto lógico de los deberes externos de cuidado”, *Seguridad en el trabajo*, p. 137.

El TS español, a su turno, entiende que la infracción de una norma de cuidado conlleva un doble aspecto: uno interno que es el deber de advertir la presencia del peligro; y otro externo, que es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado, así por ejemplo, SsTS de 19 de septiembre de 2001 (Mg. A. MARTÍNEZ A., que más allá de lo señalado habla del deber de procurarse información acerca del alcance de las prohibiciones penales en los casos de realización de aborto) y de 10 de marzo de 2010 (Mg. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), que al diferenciar entre dolo eventual e imprudencia y entre las imprudencias con y sin representación, en el contexto de esta última alude a que “*el sujeto no prevé el resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto, porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto*”.

¹⁸⁰ JAKOBS, *DP, PG*, p. 381. En sentido similar, PAREDES CASTAÑÓN: “...el contenido esencial del deber de conducta se refiere a la conducta externa, y no a actividades psíquicas de relevancia puramente interna. No cabe, pues, un deber de conducta como deber de prever, sino en todo caso, como deber de actuar en relación con lo que es cognoscible”, *Riesgo permitido*, p. 380.

consciente e inconsciente¹⁸¹, cuya diferencia radicaría en la previsión del resultado que se pudiera derivar de la realización del comportamiento: si las consecuencias jurídicas de una actuación en la cual la persona ejerce su capacidad de previsión (aunque sin advertir adecuadamente el desarrollo que han de tener los acontecimientos), actuando con culpa consciente, han de ser iguales a las de quien actúa sin prever el resultado, la infracción de un eventual deber de prever sería inocua, dada la carencia de efectos del cumplimiento o incumplimiento de dicho deber, lo que permitiría cuestionar la existencia de dicho deber.

Frente a tales planteamientos se puede manifestar que quien emprende la ejecución de una actuación riesgosa debe estar atento a las posibles implicaciones de ésta, a fin de establecer hasta dónde se extiende el ámbito de creación permitida de riesgos, tanto por lo atinente a los bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos, como por la entidad o magnitud de los riesgos a generar. Resulta adecuado a los deberes correspondientes al tráfico jurídico que quien va a emprender una conducta peligrosa constata las circunstancias concurrentes en procura de mantener los riesgos dentro del umbral de lo permitido; y que además, indague o se instruya acerca de las particularidades técnicas de la conducta de riesgo a emprender.

Esa aprehensión del sentido y contexto de la actuación, desde una perspectiva *ex ante*, resulta necesaria para que el sujeto adecúe externamente su comportamiento, de manera que sin esa previa aprehensión del contexto circunstancial, el sujeto se expone a que su conducta devenga imprudente¹⁸²: en condiciones normales serán la información recabada y la atención prestada por el agente, las que permitirán determinar y ejecutar la conducta adecuada¹⁸³.

¹⁸¹ No obstante, hay una gran discusión doctrinal acerca de la mayor gravedad que podría tener alguna de dichas formas de imprudencia. En la actualidad, dadas las propuestas de normativización del dolo un grupo importante de autores que tiende a convertir la imprudencia consciente en un supuesto de actuación dolosa, con lo que se atribuiría una especial gravedad a la imprudencia consciente. Cerca de esta línea se encuentran quienes entienden que el conocimiento que hace parte del dolo no es uno que se poseído efectivamente, sino uno que se atribuye, en función de criterios jurídico-penales. Así por ejemplo, GARCÍA CAVERO, “La imputación subjetiva en Dp”, p. 169. Por otro lado, aunque minoritario hay otro grupo de autores para el cual es de mayor gravedad la imprudencia inconsciente que ha podido comportar en algún caso un manifiesto desinterés por parte del sujeto con respecto a la suerte final del bien jurídico. Cfr. apartado II,B,2.

¹⁸² Refiriéndose a sectores altamente especializados, FIGUEIREDO, invocando a ROXIN, destaca la especial importancia del deber de información, al punto que “el agente no debe actuar antes de estar convenientemente

En el ámbito médico en concreto la adecuada indagación acerca de la condición del paciente resulta un factor determinante de la atención que haya de brindarle el profesional. La jurisprudencia ha considerado en múltiples pronunciamientos que la inadecuada recolección o indagación de la condición del enfermo es un factor constitutivo de imprudencia¹⁸⁴. Y de la misma manera ha afirmado en algún caso que el no contar con la información necesaria para efectuar un diagnóstico adecuado, puede dar lugar a la no imputación de imprudencia¹⁸⁵.

En el marco de la discusión que se está planteando, los escépticos con el concepto de deber de cuidado interno podrían manifestar que la inadecuada recolección de la información

informado y enterado (*esclarecido*) sobre (los) riesgos, de manera que si no consigue alcanzar la información o esclarecimiento necesarios, debe omitir la conducta proyectada”, “Velhos e novos problemas”, p. 362.

¹⁸³ En este sentido se puede afirmar explícitamente la existencia de un deber de cuidado interno; o, sin adentrarse en la discusión sobre su existencia, entender su importancia en la delimitación de la responsabilidad penal. En la primera línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: “Los presupuestos de la infracción del deber de cuidado son dos: cognoscibilidad y deber de conocer el peligro (deber de cuidado interno o deber de previsión)”, “Imprudencia”, p. 3376; es de la segunda posición, LUZÓN PEÑA: “Con independencia de si dicha terminología es muy acertada o no (la de deber de cuidado interno y externo), lo cierto es que para poder adoptar las debidas precauciones ante situaciones peligrosas, lo primero que es preciso es tener consciencia del peligro, de si es posible controlarlo, etc.”, *Curso*, p. 506.

¹⁸⁴ Así por ejemplo, en las SsTS de 22 de febrero de 1991 (Mg. GARCÍA M.): “...*el único tratamiento aconsejable, adecuado y eficaz era el quirúrgico y que la causa de que éste se hubiese retrasado y de que la dolencia hubiese avanzado hasta el grado al que llegó fue debido a que el proceso no ordenó a su debido tiempo, que se practicara al paciente una radiografía de cadera, es indudable que tal falta de diligencia u omisión del deber de cuidado no puede reputarse como un simple error de diagnóstico*”; y de 18 de noviembre de 1998 (Mg. CONDE-PUMPIDO T.) sobre un médico de prisiones que autorizó el ingreso de un recluso con adicción a los estupefacientes a un programa de suministro de metadona. Para fundamentar la atribución de imprudencia señala la providencia que: “*La “ducha escocesa” a la que se vio sometido el cuerpo del interno ... reforzaba la necesidad de un control próximo de la evolución del enfermo, cuyo estado podía degenerar, como degeneró, en una grave insuficiencia respiratoria con edema pulmonar. Este “control evolutivo” fue efectivamente acordado por el acusado, pero no fue cumplido en absoluto*”. Sobre esta cuestión se pronuncia también la STS referida en la nota 177.

¹⁸⁵ STS de 10 de noviembre de 1999 (Mg. GIMÉNEZ), relativa a un médico de empresa: “*Fuera o no un síncope lo que sufrió el trabajador, lo relevante es que el dato de la pérdida de consciencia no fue conocido por el médico de la empresa..., y que no constando en su historial médico sintomatología específica de enfermedad cardíaca, la prescripción de un electrocardiograma no era exigible, máxime si como se reconoce por otros doctores “no está recomendado si no tenía síntomas*”.

no es un factor constitutivo *per se* de imprudencia; pero es innegable que no disponer de la información es un factor altamente riesgoso respecto a un tratamiento inadecuado.

Si de acuerdo a lo ya expuesto, el deber de cuidado debe determinarse desde una perspectiva *ex ante*¹⁸⁶, la información accesible al sujeto o disponible para él en dicha perspectiva delimita lo que podrá valorarse como permitido; y esa información incluye la que, habida cuenta del sector de tráfico jurídico en el que se aprestaba a actuar, debió procurar el sujeto.

Ello no significa, sin embargo, que la advertencia cognitiva de la entidad y el curso posible del proceso de riesgo, tornen dolosa toda actuación externamente inadecuada, pues puede haber situaciones diferentes a la dirección de la actuación hacia la afectación del bien jurídico, que expliquen la ulterior ocurrencia del resultado lesivo. En ese sentido por ejemplo, errores de ejecución de la actuación que se estimó adecuada para controlar el riesgo; o la ejecución incorrecta de la conducta adecuada, permitirán imputar imprudencia, a pesar de que previamente se advirtiera el proceso de riesgo que se podría desplegar.

Así las cosas, una adecuada comprensión del concepto de cuidado exige reconocer que la adecuación externa está delimitada por lo que el sujeto hubiera podido advertir respecto al contexto situacional en el que iba a realizarse la actividad de riesgo y a la entidad de éste. De esa manera se determina el marco externo de conductas susceptibles de considerarse generadoras de riesgos desaprobados; pero ello no implica que para calificar la conducta como imprudente, deban infringirse ambos deberes de cuidado, ni tampoco que el incumplimiento del deber de información en relación con un comportamiento adecuado externamente, permita considerarlo contrario a derecho: la conducta externamente adecuada,

¹⁸⁶ También este punto ha sido cuestionado por BURKHARDT: “la cognoscibilidad *ex ante* no juega ningún papel en el nivel del tipo objetivo. Sí es relevante, ciertamente en el nivel del tipo subjetivo, pero la base de enjuiciamiento vendrá siempre dada, tanto en el delito doloso como en el imprudente -por las circunstancias conocidas al autor-. Así contemplada, la posición *ex ante* es una muy particular: se trata del *punto de vista del sujeto que actúa*”, “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*”, pp. 194 y ss.

De lo dicho hasta el momento se advertirá la discrepancia de lo aquí sostenido con lo que se acaba de citar. La réplica de FRISCH a esta crítica en, “Delito y sistema del delito”, pp. 236 y ss.

incluso por razones fortuitas, no será imprudente, aunque al desplegarla no se haya observado el deber de cuidado interno¹⁸⁷.

Esa estructura normativa del concepto de cuidado implica que puede haber conductas riesgosas para bienes jurídicos, que no sean imprudentes por haberse realizado en condiciones de riesgo que no entraban dentro de lo cognoscible por el sujeto, y que tampoco sean ilícitas conductas generadoras de riesgos que solo se habrían podido neutralizar mediante medidas que jurídicamente no se exigía adoptar. Esto, dada la falta de identidad entre el concepto de cuidado y la evitación absoluta de riesgos¹⁸⁸.

El condicionamiento del deber de cuidado por las circunstancias del caso concreto, siempre variables, obliga a tener en cuenta también que debe haber consonancia entre los deberes de cuidado interno y externo. La función de referente que del deber externo cumple el deber interno debe modularse de acuerdo a la modificación de las circunstancias se haya percibido o debido percibir. Y así por ejemplo, a mayor peligrosidad del comportamiento en un determinado contexto circunstancial, se exigirá un mayor deber de apreciación o de revisión de la situación; pero esto, más que al concepto de cuidado, apunta a su graduación para la configuración del injusto.

A manera de conclusión cabe señalar que la adecuación externa será el factor determinante para valorar el carácter cuidadoso o no del comportamiento, siendo la falta de esa adecuación, lo que da lugar a indagar en el caso concreto por el deber de cuidado interno que cabía observar, a efectos de calificar el comportamiento como imprudente; y al tiempo, la

¹⁸⁷ Así por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN: “resulta en principio indiferente cuál sea el móvil (más reproable en el caso de quien, dotado de capacidades superiores a las presupuestas, actúa de forma lesiva; menos reproable, en quien hace cuanto puede, sin llegar al nivel mínimo jurídicamente exigido) si la conducta externa es lícita. Y lo es también el grado de conciencia sobre las capacidades del propio sujeto, si la actuación externa se mantiene en todo momento dentro de lo permitido”, *Riesgo permitido*, p. 286.

¹⁸⁸ En tal sentido, BUSTOS, “... no hay duda de que no se puede eliminar el riesgo, pues eso sería como querer prohibir comer o beber, el riesgo es parte de la vida social de las personas, solo los muertos o los que no han sido engendrados carecen de riesgos...”

Ahora bien, si el riesgo va implícito en la actividad social, no es dable pretender eliminar todo riesgo, ello sería totalmente imposible y menos aún a través de prohibiciones y mandatos, pues ello provocaría una neurosis colectiva. De lo que se trata es solo de poner un límite a los procesos de alto riesgo”, *El delito culposos*, p. 12. En ese sentido, también, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 86.

actitud interna de desatención o de renuencia a procurarse la información no permite por sí sola calificar el actuar como imprudente¹⁸⁹: la advertencia de la peligrosidad deberá reflejarse en la adopción de medidas concretas para su evitación o control, pero es posible que su inadvertencia no se manifieste, por las razones que sean, incluso fortuitas, en una conducta externamente inadecuada. En este caso la conducta deberá tenerse por generadora de riesgos permitidos.

c. La determinación de la infracción del deber de cuidado

Como se acaba de señalar, el carácter inadecuado del comportamiento realizado es una condición necesaria, aunque insuficiente por sí sola, para determinar su ilicitud.

Más allá de la afirmación de que se ha infringido un deber de cuidado o de que el riesgo de la actuación es desaprobado, es preciso concretar los criterios que ayudan a establecer el carácter ilícito de la actuación. En ese sentido se podría destacar que existen factores que inciden en la determinación del marco externo de lo ilícito, dentro de los que ha de mencionarse la previsibilidad de los efectos de la actuación, a la que se hiciera mención dentro del análisis de la perspectiva *ex ante* (cfr. apartado I.B.3) y en los últimos años en relación con el ejercicio de la medicina, el consentimiento informado del paciente en el que se ha venido haciendo un énfasis especial.

Este último concepto genera una problemática especial, relacionada con la tipicidad del riesgo y con la atribución del mismo a alguna de las personas relacionadas con su creación; y que corresponde con un nivel argumental distinto al de los criterios que permiten concretar la forma adecuada de controlar el riesgo en la situación específica, por lo que será objeto de un tratamiento separado.

Al margen entonces de los factores genéricos recién mencionados, la doctrina ha desarrollado una serie de criterios auxiliares para determinar si se ha infringido un deber de cuidado o si el riesgo generado con la actuación es desaprobado. En general se trata de

¹⁸⁹ AGUADO LÓPEZ, al comentar la STS de 8 de noviembre de 1999, Mg. MARTÍNEZ A., entiende que el deber de cuidado interno amplía el espacio del deber de actuación cuidadoso, considerando posible que la ilicitud de una actuación se derive de lo que en principio solo podría calificarse de incumplimiento del deber de cuidado interno, pues ello determina el deber de actuación del sujeto, “Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional”, p. 208.

criterios de referencia, que indican cual era la actuación debida en la situación concreta, lo cuál permite evaluar la licitud o no del comportamiento.

Se alude así al modelo de actuación que representa un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor; pero también, entre las más importantes, a las pautas de actuación que emergen de las normas administrativas que reglamentan ciertas actividades¹⁹⁰, a las pautas de actuación proferidas en un determinado sector de tráfico jurídico¹⁹¹, a las reglas aceptadas para la ejecución de actividades sociales (la *lex artis*)¹⁹², y al principio de confianza¹⁹³, que al ayudar a determinar los ámbitos de competencias de los distintos coejecutores de las actividades de riesgo, ha adquirido gran importancia en las sociedades modernas, por la forma de trabajo mediante el sistema de reparto de funciones tan frecuente en ellas.

Sin el mismo grado de aceptación doctrinal, se proponen otros criterios como la ponderación entre necesidad y riesgo¹⁹⁴, que para algunos es el factor que constituye el fundamento mismo de la permisión del riesgo; la experiencia (decantada) de la vida¹⁹⁵, y la “legitimación histórica” del riesgo¹⁹⁶.

Estos criterios suelen emplearlos por igual las distintas propuestas de caracterización de la imprudencia, independientemente de que se asuma el criterio del deber de cuidado o se propugne su sustitución por el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado (cfr. I,D), habiendo una gran uniformidad en los planteamientos de los defensores de esta última postura (en lo que coinciden algunos de los defensores del concepto de deber de cuidado) en prescindir o conferirle un papel apenas sucedáneo en la valoración del comportamiento, al criterio del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, que

¹⁹⁰ FIGUEIREDO, “Velhos e novos problemas”, p. 359, SCHLÜCHTER, *Strafrecht*, p. 177

¹⁹¹ FIGUEIREDO, “Velhos e novos problemas”, p. 360, SCHLÜCHTER, *Strafrecht*, p. 177

¹⁹² SCHLÜCHTER, *Strafrecht*, p. 177

¹⁹³ FIGUEIREDO, “Velhos e novos problemas”, pp. 364 y ss.

¹⁹⁴ SCHLÜCHTER, *Strafrecht*, p. 177, citando a ROXIN.

¹⁹⁵ JESCHECK, *Tratado*, 4 ed., p. 528. La alusión a esta figura no es expresa en la 5 ed. de la obra por JESCHECK/WEIGEND

¹⁹⁶ FEIJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 201; “El riesgo permitido”, pp. 215 y ss.

para la doctrina más tradicional es el criterio rector en la determinación del carácter imprudente de un comportamiento¹⁹⁷.

La diversidad de criterios con ayuda de los cuales determinar el carácter permitido o no del riesgo, obliga a indagar por la existencia de relaciones de jerarquía entre ellos, o por su capacidad para establecer de manera autónoma, es decir sin la mediación de correctivos ulteriores dicha licitud o no. Esta última cuestión implica definir si la infracción de pautas de comportamiento (que en muchos casos ni siquiera alcanzan el valor de normas jurídicas), con finalidades con frecuencia diversas a las de la norma jurídico penal, puede constituir la base de un injusto penal¹⁹⁸.

Para ubicar adecuadamente la cuestión cabe señalar que la doctrina tradicional establece un procedimiento para determinar el carácter imprudente de la actuación, que es la comparación de ésta con la conducta que hubiera desplegado un hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor. Esta figura del hombre medio ha cumplido un papel dual: de un lado, sirve para establecer el modelo de licitud de conformidad con el cual se enjuicia la actuación, con lo cual, puede ser calificada de imprudente la actuación que se aparte de dicho modelo; pero de otro lado, ese criterio permite modular la relevancia de las demás pautas de actuación, articulándolas según la finalidad de protección del bien jurídico de la norma jurídico penal.

Este criterio ha sido objeto de crítica desde varios puntos de vista. De un lado, genera cierta inseguridad, pues pudiera ser que pese a cumplir formalmente una norma administrativa de regulación del sector de actividad en el que se genera el riesgo, por ejemplo, a la persona se le impute la creación de un riesgo penalmente desaprobado, lo que podría entrar en conflicto con el principio de unidad del ordenamiento jurídico¹⁹⁹, en virtud del cual no se debe

¹⁹⁷ Así por ejemplo, SCHLÜCHTER, *Strafrecht*, AT, p. 177,

¹⁹⁸ Esta, por ejemplo, es la postura de GIL GIL, que además confiere al criterio del hombre medio un valor apenas sucedáneo (para) “situaciones atípicas que no vienen reguladas en aquellas normas y en los ámbitos de actuación que carecen por completo de regulación explícita, el cuidado objetivamente debido deberá determinarse conforme al criterio de previsibilidad objetiva completado por el criterio sugerido por Welzel: solo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas (previsibilidad objetiva) de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata”, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto”, pp. 44-45.

¹⁹⁹ En esta línea podría interpretarse la afirmación de FEIJOO según la cual “El Derecho penal, debido a una excesiva obsesión por la protección de bienes jurídicos, no puede definir al mismo tiempo una conducta por un

sancionar penalmente la ejecución de una conducta que otros sectores del ordenamiento permiten realizar.

Además, dado que esos eventuales conflictos pueden darse con regulaciones con orígenes diversos, debe resolverse si el estatus formal de la norma, determinado por su origen, soluciona por sí mismo, en función de la jerarquía de la fuente, el problema de colisión entre contenidos. Este criterio de jerarquía de la fuente debe compatibilizarse además con la finalidad de la norma de que se trate: las normas emanadas de fuentes sin potestad legislativa o por lo menos reglamentaria, pueden no tener una finalidad tuitiva de bienes jurídicos que sí pudiera tener la norma surgida de otras fuentes; por esa razón, lo que habrá que hacer es interpretar las demás pautas de actuación en función de su consonancia con el objeto perseguido por la norma penal de protección del bien jurídico.

De otro lado, frente al criterio del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor, podría invocarse la falta de concreción de su contenido, frente a lo que representan unas reglas de actuación establecidas ya en normas jurídicas, aunque no se deriven de fuentes formales. Ése es un problema de interpretación jurídica relativo, pues no se puede asegurar que otros criterios sustitutos puedan ser “cerrados” en mayor medida.

Las dificultades que genera el criterio del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor, y la necesidad de entender que la forma en que éste hubiera de comportarse debe concretarse con ayuda de los demás criterios auxiliares, hace que en la exposición siguiente se aluda inicialmente a estos últimos, para ocuparse luego del primer criterio mencionado, y su función correctora o supletoria de otros.

i) Las normas de control de riesgos

Las “normas técnicas”, expedidas para reglamentar la ejecución de determinadas actividades, cumplen un papel muy relevante en la concreción del deber de cuidado correspondiente a la situación concreta²⁰⁰ aunque, como antes se sugiriera, esté abierta la

lado como correcta u obligada, y, por otro, como insoportable para la vida en sociedad”, *Límites de la participación criminal*, p. 60

²⁰⁰ “En otros supuestos, la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante normas jurídicas extrapenales que contemplan reglas generales de cuidado para dichas actividades. En este ámbito nos movemos dentro de los

discusión acerca de si su valor en la permisión del riesgo, sobre todo cuando se trata de normas de origen legal, es directo o si es posible la introducción de correctivos o mediaciones.

La función de dichas reglamentaciones en la concreción de la ilicitud motivó en los últimos años la reflexión frecuente acerca del posible carácter de la norma que consagra el delito imprudente como norma penal en blanco, y del compromiso que ellas implican para el principio de legalidad.

Para SCHÜNEMANN²⁰¹ existe un evidente compromiso del principio de legalidad, a través de la delegación fáctica en instancias administrativas y en agentes privados, de potestades normativas que incluyen la determinación del carácter punible de un comportamiento. Este autor propone reformular el concepto de ley penal en blanco, dada la incapacidad del concepto tradicional para cobijar las formas más importantes de retirada del Legislador de la tarea que tiene encomendada en un Estado democrático²⁰².

supuestos más típicos de riesgos permitidos (...)... En estos casos, ante riesgos tan especiales, el ordenamiento tiende a estandarizar las prestaciones de cuidado. Por esa razón las normas jurídicas extrapenales que establecen las reglas generales de cuidado tienen una especial relevancia para determinar los límites del deber de cuidado”, FEJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pp. 202, 203.

Más adelante, señala también que “la evolución de la vida social y, sobre todo, los avances técnicos han hecho que el deber de cuidado haya dejado de considerarse solo como mera evitación de conductas peligrosas, para pasar a considerarse como planificación de riesgos”, lo que hace necesario “una estandarización mínima de las conductas como medio de prevenir ciertos riesgos”, p. 205.

²⁰¹ SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, p. 184. Debe aclararse que aunque el problema desarrollado por este autor se relaciona con la necesidad de que el cuidado a observar en el manejo de fuentes de peligro de gran potencialidad, no sea determinado por los mismos generadores del riesgo, sino que por el contrario el control efectivo les venga desde fuera, y en concreto, por parte de los órganos estatales, las reflexiones aquí invocadas se adaptan de manera adecuada a la finalidad para la que son traídas a colación.

²⁰² Este autor manifiesta que: “la definición tradicional de ésta -de la ley penal en blanco- como la “ley penal que refiere su amenaza de pena a una conducta delimitada típicamente total o parcialmente por otras fuentes del Derecho” no resulta convincente ni en su función de delimitación temática ni en sus consecuencias sistemáticas. Y es que en caso de asumir la determinación conceptual tradicional se pierde de vista desde un principio precisamente la forma hoy más frecuente de retirada del legislador -la remisión expresa o tácita a usos, recomendaciones o regulaciones privadas- de su posición de responsabilidad jurídico-constitucional, esto es, la de dirigir la vida social fijando, en virtud de la autoridad que le ha sido conferida, normas dotadas de contenido, porque el complemento de la norma en blanco no se realiza en este caso por una “fuente jurídica” en sentido amplio que pueda reconducirse a una instancia estatal”. SCHÜNEMANN, “Las reglas de la técnica”, pp. 311-312.

Aunque no se parta de atribuir a la norma penal que consagra el delito imprudente el carácter de norma penal en blanco²⁰³, y se entienda por ende que las “normas técnicas” no se integran en cuanto tales y de manera directa a la estructura del tipo penal imprudente, la relevancia que pueden llegar a tener las normas de control de riesgos en la determinación del deber de cuidado es lo que permite en este ámbito invocar una problemática que materialmente le es tan cercana como la de las normas en blanco.

Lo que se ha pretendido señalar hasta el momento es que no cualquier tipo de reglamentación tiene la misma capacidad de determinar el ámbito de la ilicitud: el origen y el contenido mismo de la norma resultan fundamentales en la tarea de completar el ámbito de la ilicitud. Antes, sin embargo, de plantear las consecuencias del origen y el contenido de las normas, conviene aludir a la cuestión más genérica de la relación entre normas penales y normas de control de riesgos.

Algunos autores como CORCOY reivindican de manera general la autonomía del deber de cuidado respecto a las normas que agrupan bajo la denominación genérica de “técnicas”, destacando el distinto carácter de unas y otras, que se deriva, entre otras razones, de que las normas técnicas

“expresan únicamente principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros características (sic) de ellas y sobre las medidas idóneas para eludir esos peligros. Su función específica no es la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica, como hace de forma inmediata la norma de cuidado -norma penal-, sino la exclusión de peligros abstractos que, según la experiencia, pueden conducir a la realización típica”²⁰⁴.

²⁰³ Respecto a la relación entre normas que contienen reglas generales de cuidado y la norma que consagra el delito imprudente, sostiene FEIJOO que: “El delito imprudente no es un mero tipo penal en blanco. Las normas extrapenales que contemplan reglas generales de cuidado sirven como indicio de la imprudencia, pero no la fundamentan”, “La imprudencia en el CP de 1995”, p. 359.

En favor de la consideración de la norma penal que consagra el hecho culposo como norma penal en blanco se manifiestan ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., pp. 549-550; ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho*, p. 65.

²⁰⁴ CORCOY, *Delito imprudente*, p. 112.

Esta afirmación general se ve matizada, sin embargo, cuando se entra a diferenciar el tipo de reglamentación, atendiendo a su origen. Así, puede tratarse de normas promulgadas por el Legislativo; por órganos de la Administración pública, o incluso, pueden ser “regulaciones” (o “normativas”) dictadas por particulares que habitualmente despliegan la actividad riesgosa, en virtud de lo cual adoptan pautas de comportamiento, incluso con la estructura formal de un estatuto normativo, para ordenar el ejercicio de la actividad (como pudieran ser las reglamentaciones de las asociaciones deportivas respecto a la práctica de los distintos deportes).

Sólo a las primeras de tales normas se suele conferir un efecto directo en la determinación de la permisión del riesgo, de manera que tendrían un mayor efecto vinculante las normas emanadas del Legislativo, que las originadas en fuentes privadas; sin embargo, también esta cuestión exige nuevas matizaciones asociadas al contenido de la norma técnica.

En torno a este último aspecto podría decirse, de manera ejemplificativa, que las normas técnicas pueden tener por objeto regular la ejecución de determinados procedimientos (como el transporte de medicamentos, o de otro tipo de sustancias; o la manipulación de componentes orgánicos para las pruebas de laboratorio), o imponer los requisitos formales para la ejecución lícita de actividades peligrosas (como las que regulan la obtención de títulos profesionales para el ejercicio de ciertas áreas de actividad social), o los requisitos a cumplir por los productos o equipos involucrados en ciertas actividades (por ejemplo, normas contentivas de los niveles máximos de concentración de ciertas sustancias en determinados medicamentos).

Si el objetivo de la “norma técnica” es mantener bajo control o dentro del rango de lo tolerable los riesgos inherentes al desarrollo de ciertas actividades y proteger así el bien jurídico, su incumplimiento constituirá un indicio de desaprobación del riesgo²⁰⁵, que habrá

²⁰⁵ JAKOBS vincula las dos cuestiones; según él: “por la prohibición de un determinado comportamiento que sirve a la evitación de lesiones o bien solo de puestas en peligro abstractas, se descarta este comportamiento del círculo de lo que socialmente se tolera, a pesar del riesgo de consecuencia lesiva, como socialmente normal. La ejecución de tal comportamiento puede estar justificada en el caso concreto, pero no es atípica...Aun en supuestos de riesgos insignificantes, los comportamientos descartados por la ley no están permitidos”, *DP, PG*, p. 248, nro. 43.

de ponderarse junto con los demás intereses concurrentes que pudieran avalar la realización de la actividad; si el objetivo de la norma de conducta infringida no es la protección de bienes jurídicos, la inobservancia de la misma no debe constituirse en indicio de creación jurídicamente desaprobada de riesgos.

La relación entre deber de cuidado o permisión del riesgo y las “normas técnicas”, está condicionada entonces en una medida fundamental por el contenido y finalidad de las últimas. No es lo mismo que una norma ordene unas medidas específicas para el control o neutralización de riesgos, a que su objeto al normar la actividad correspondiente sea otro distinto; serán las normas de la primera clase las que incidan en la desaprobación penal del riesgo²⁰⁶.

En sentido similar, ROXIN, para quien “En todo caso, la contravención de normas jurídicas que persiguen impedir la producción del resultado, tendrá que reconocerse por regla general como producción de un peligro suficiente”, *Política criminal y estructura*, p. 96; y FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 111.

En España, FEIJOO vincula directamente la infracción de las normas extrapenales, con la violación del deber de cuidado: “El alejamiento de las reglas generales de seguridad recogidas en normas extrapenales indica una infracción del deber de cuidado. Cuanto mayor sea el alejamiento de las reglas, más evidente será la falta de cuidado y de preocupación por las otras personas que se pueden ver afectadas por esa actividad”, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 205; sin embargo, más adelante destaca que “Las normas extrapenales de cuidado suponen solo un indicio para determinar el deber de cuidado con la vida o con la salud de los demás...Existen supuestos en los que la infracción de una norma extrapenal no equivale a infracción del deber de cuidado”, pp. 212-213.

JESCHECK/WEIGEND, por su parte, le atribuyen a la infracción de las *normas especiales* vinculantes, sobre cuidado debido, el efecto de “indicio probatorio” a favor de la existencia de una infracción del deber de cuidado”, *Tratado*, 5 ed., p. 626.

²⁰⁶ No son frecuentes las referencias jurisprudenciales a la normativa legal o administrativa como factor determinante de la permisión del riesgo en el ámbito sanitario. Algunas de ellas han hecho alusión a la normativa que regula las funciones de las comadronas La STS de 5 de abril de 1995, Mg. MOYNA M., alude a normativas que regulan tales funciones, atinentes algunas de manera directa al control del riesgo para la vida y la salud de las pacientes y de las criaturas por nacer, y otras no: “*Interesa destacar, entre las funciones que reglamentariamente corresponde desarrollar a las matronas en las instituciones cerradas de la seguridad Social, la de asistir a los partos normales en los casos en que el médico haya comprobado la normal evolución clínica de aquéllos, siendo obligado avisarle sin pérdida de tiempo y bajo su responsabilidad en cuanto observe cualquier anomalía en su evolución (...) y como obligaciones accesorias, las de cuidar de las historias clínicas y demás antecedentes... Estas normas se han visto complementadas o afectadas por la Orden de 1 de junio de 1992 de Desarrollo de la Directiva Comunitaria 155/80, que faculta a las matronas en síntesis, para*

Tampoco debe perderse de vista que las regulaciones de las normas técnicas están previstas para supuestos-tipo, por lo que el supuesto de hecho de aquellas habrá de compararse con el del caso concreto objeto de enjuiciamiento. Por ello, si las circunstancias concurrentes determinan una modificación de la hipótesis fáctica prevista en la norma técnica, es decir, el “supuesto-tipo”, lo previsto por aquellas disposiciones y reglamentaciones no será idóneo para determinar la licitud o ilicitud del riesgo²⁰⁷.

En el ámbito del tráfico automotor se suele ejemplificar esta situación diciendo que en algún caso concreto podría ser necesario invadir el carril de tránsito prohibido si de esa manera se consigue esquivar un obstáculo aparecido por el carril por el que en principio y según los reglamentos, se debía transitar²⁰⁸.

Al llegar a este punto, hay que formular de nuevo la cuestión de si puede atribuirse una creación de riesgos desaprobados a quien se comporta según lo dispuesto por una “norma técnica”; lo que evidencia un conflicto entre la seguridad jurídica y la función de protección de bienes jurídicos de la norma penal.

llevar el parto normal y detectar en la madre o en el niño las anomalías que precisen la intervención del médico, tomando las medidas de urgencia necesarias en su ausencia”. También sobre las funciones de las matronas según normativa administrativa, se pronuncia la STS de 15 de octubre de 2002, Mg. ABAD, que alude en este caso al “Convenio Colectivo aprobado por Resolución de 16 de enero de 1991”.

²⁰⁷ En relación con esto, afirma CHOCLÁN que las por él llamadas reglas de cuidado, están previstas para la regulación de situaciones típicas, los que aquí se han llamado casos-tipo; pero a diferencia de lo planteado en este escrito, considera que si la situación fáctica coincide con el supuesto previsto en la regla de cuidado, ésta última delimita, directamente, el deber de cuidado: “las reglas legales de cuidado como normas abstractas, solo desplegarán su verdadera eficacia en la medida en que el riesgo se presente en situaciones coincidentes con las condiciones ideales contempladas en la regla, pues de lo contrario, en la situación de riesgo distinta de la situación normal contemplada en la reglamentación del cuidado, en realidad lo que ocurre es que no hay regla de comportamiento”, *Deber de cuidado*, p. 94.

²⁰⁸ Así, ROXIN, *Política criminal y estructura*, p. 95, quien apoyándose en la jurisprudencia alemana refiere, aunque como excepcional, la posibilidad de una condena por culpa a quien observaba de forma escrupulosa los reglamentos, si ello “tuviese que llevar a un accidente en la situación concreta de modo totalmente palmario”.

Sobre esta cuestión señala FEJOO que el alejamiento por el sujeto de lo dispuesto por las “normas técnicas” para la contención del cuidado, implica que deban adoptarse como precaución “otras medidas para compensar su comportamiento contrario a Derecho (principalmente administrativo)”, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 203.

En principio, el Derecho penal no parece llamado a sancionar conductas que el mismo ordenamiento jurídico, si se mantienen las condiciones previstas en la norma técnica, permite realizar²⁰⁹; ello pareciera claro en el caso de normas con rango de ley: la permisón de la conducta por una norma legal, confiere un aval determinante a la libertad de actuación, mucho más claro que cuando la norma técnica no ostenta dicho carácter.

Si se trata de normas con origen distinto, las razones de “unidad del ordenamiento jurídico” podrían no tener la misma relevancia al determinar la licitud del comportamiento²¹⁰; sin embargo, no debe perderse de vista que la permisón del riesgo más que una ponderación de la jerarquía de normas concurrentes en el caso, impone sopesar los intereses a la libertad de acción y a la protección de bienes jurídicos. No es igual que la norma técnica consagre un permiso de actuación (situación que además será excepcional), a que imponga prohibiciones o deberes de actuación en aras de la neutralización o minimización de riesgos.

En relación con este problema aflora además la cuestión de la idoneidad *ex ante* de la norma técnica para proteger el bien jurídico. El estudio de la normativa técnica pudiera demostrar que las medidas de contención o neutralización de riesgos previstas en ella se han tornado insatisfactorias o desuetas para el logro de ese objetivo; caso en el cual habrá que establecer la incidencia de la norma técnica en la permisón o no del riesgo²¹¹.

²⁰⁹ Así por ejemplo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., pp. 562, 563, se refieren no a acciones permitidas, sino impuestas por el ordenamiento jurídico en determinados ámbitos sociales, señalando que la permisón de los riesgos derivados de ellas exige: a) que se atengan a los límites reglamentarios; b) que se observen las reglas del arte, oficio, función o profesión; c) una remisión a los límites de las causales de justificación pues estos casos las actuaciones se imponen en función de la necesidad.

²¹⁰ Este parece ser el sentido de la afirmación de JAKOBS, según la cual, “Junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos aparecen las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es “experiencia acendrada”, pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna”, *DP, PG*, p. 249, nro. 44.

²¹¹ Sobre esta cuestión, integrando los problemas del origen de la norma y de la vigencia de sus contenidos, manifiesta SILVA SÁNCHEZ que: “Teniendo en cuenta que la configuración de un deber jurídico-penal de cuidado tiene carácter valorativo y en ella incide una compleja ponderación de muy diversas circunstancias, no parece que en los casos en que la Administración asume de modo expreso la función de determinar los niveles de cuidado debido, sea exigible a los particulares que prescindan de la valoración efectuada y procedan a analizar por su cuenta si el riesgo que generan con la conducta debe ser o no “permitido”.... Distinto es, sin embargo, el

En este caso se considera la norma técnica como una norma de mínimos que no necesariamente agota los deberes de protección a adoptar en beneficio del bien jurídico²¹²; de manera que en algún caso podría hacerse necesario adoptar medidas complementarias de protección del bien jurídico, más actualizadas y comprensivas de los resultados de investigaciones más recientes²¹³. Así las cosas, si la “norma técnica”, no se manifiesta *ex ante* idónea para la protección de un determinado bien jurídico, y tiene origen legal, el comportamiento que la transgreda constituirá un ilícito meramente formal, y el sujeto deberá realizar una actuación diversa de la prevista en la norma reglamentaria, si quiere neutralizar los riesgos que para los bienes jurídicos se derivan de limitarse a observar una reglamentación que en el caso concreto resulta ineficaz para su protección²¹⁴.

El problema de la suficiencia o no de las normas técnicas para cubrir el espectro del cuidado debido, fue objeto de análisis jurisprudencial en la famosa STS de 18 de noviembre de 1991, en el proceso adelantado contra algunos médicos del Hospital “Príncipes de España” de Bellvitge, en Barcelona, por la transfusión de sangre contaminada por el virus del SIDA.

caso en el que existe un claro “standard” objetivo de conducta en la comunidad científica o técnica que resulta más exigente que la normativa administrativa. En tales casos parece que debería adoptarse la tesis proclive a la estimación de imprudencia”, *Medicinas Alternativas*, p. 19.

²¹² “En un caso así a pesar de respetarse la regla, se daría una creación de riesgo desaprobada”, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 115; manifestando más adelante que cuando la norma goza de aceptación general como mecanismo de control de riesgos, su observancia impedirá atribuir una creación jurídicamente desaprobada de riesgos, p. 126.

²¹³ Desde una perspectiva distinta, ARROYO ZAPATERO destaca cómo “La permisión del riesgo no libera al agente de todo deber de cuidado, sino que simplemente desplaza el núcleo de lo prohibido. A la reducción del ámbito de los deberes negativos (prohibiciones de actuar) es correlativa una ampliación de los deberes positivos (de actuar)”, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 140.

²¹⁴ Así, de una forma aparentemente contradictoria, dada la identificación inicial propuesta por él de la infracción del deber de cuidado con la transgresión de la norma técnica RODRÍGUEZ MOURULLO manifiesta que “el deber de cuidado suele estar impuesto y, en su caso sancionado, por normas extrapenales. En la mayoría de los casos lo que determina la conversión de esa infracción en injusto típico (penal) es precisamente la aparición de la ofensa a concretos bienes jurídicos. La infracción de la limitación de velocidad constituye ya de por sí, según el Código de la Circulación, un injusto administrativo, pero solo se convierte en injusto penal cuando entraña una conducción manifiestamente temeraria y pone en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes (art. 340 bis, a) 2 del CP) o provoca la causación del resultado típico (v. g. la muerte de una persona)”, *DP, PG*, p. 342. En sentido similar MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 270.

El supuesto que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo español en este caso es muy interesante, pues se refiere a un sector en el que existía reglamentación administrativa respecto a las pruebas que debían practicarse a la sangre a transfundir, que no incluía la prueba de anticuerpos para el virus de la inmunodeficiencia adquirida; no obstante lo cual, la “necesidad” de someter la sangre a ese examen “*era asumida con carácter general por la clase médica en el ámbito del Estado Español desde principios del año 1985*”, es decir, más de un año antes de las transfusiones.

Concretamente el supuesto fáctico de la sentencia refiere que

“en Nov(iembre de) 1985 la Comisión Asesora de Sida de Cataluña recomienda la práctica de cribado de sangre y el “Butlletí Epidemiologic de Catalunya” de Ene(ro de) 1986 recoge que las pruebas serológicas permiten detectar la presencia de anticuerpos y, por tanto, revelar el contacto con el virus señalando entre las distintas técnicas las pruebas ELISA (...), Wester blop, RIPA (...), y la inmunofluorescencia; ... En Jun(io de) 1986, aun cuando parece ampliamente extendida la conveniencia de la práctica de las pruebas serológicas continúan las dudas sobre la necesidad de las mismas, no existiendo normativa alguna que las imponga y practicándose tan solo en algunos Hospitales”.

A finales de junio de 1986 se realizó la cirugía en la que se produjo el contagio del virus, mediante la transfusión de sangre contaminada; y solo el 10 de octubre de 1986, la Conselleria de Sanitat de Cataluña dicta una orden en la que establece que “los Bancos de Sangre habrán de someter todas las donaciones de sangre a la detección de anticuerpos anti-VIH”, la cual entró a regir a mediados del siguiente mes de noviembre²¹⁵; solo desde ese momento se complementó la normativa administrativa anterior, obligando a someter las donaciones de sangre a la referida prueba.

En este caso había claridad acerca de la necesidad del examen, más allá de lo dispuesto en la normativa administrativa. De hecho, la Jefe del Laboratorio había propuesto en varias ocasiones la adquisición de los reactivos para su realización (lo que constituyó uno

²¹⁵ Recuento de hechos en La ley 1992-1, sentencia 12.253, citas extraídas de las pp. 640 y 641.

de los motivos del recurso de casación interpuesto por ella contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona)²¹⁶.

El Tribunal Supremo, pese a reconocer que la orden administrativa de octubre de 1986 no podía regir de manera retroactiva, condenó por un delito de imprudencia, al considerar que “*Se omitieron las más elementales normas de precaución y cautela. La lex artis, como norma de comportamiento profesional, señala los límites y ámbitos de la obligación médica*”.

Es decir, que asentó el deber de cuidado no sobre las normas administrativas, de las que se afirma que no habrían de regir de manera retroactiva, y que se consideraron inadecuadas a los efectos de la adecuada contención del riesgo, sino sobre los deberes de precaución derivados de otras pautas de actuación, que estimó más eficaces para la protección de la vida y la salud de los pacientes. En este caso, las derivadas de la *lex artis*.

De esa manera, el Tribunal Supremo estableció una especie de jerarquía entre las fuentes del deber de cuidado, al señalar que no es suficiente para el control del riesgo el cumplimiento de normativas administrativas, si ellas resultan contrarias a la *lex artis*, a la que se erige en criterio superior de valoración del comportamiento.

Al argumentar de esa manera no se determina el fundamento de la mayor relevancia de *lex artis*; lo que además podría generar nuevos problemas en los casos en que pese a la observancia de la última pudiera incurrirse en una infracción del deber de cuidado.

²¹⁶ Sobre este argumento, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia*, pp. 37-40.

Este mismo autor alude en otro escrito a una sentencia de la Sala 1. del Tribunal Supremo Español (de 18 de febrero de 1997) en un caso en que se contagiaron los virus de la hepatitis C y del SIDA por transfusiones sanguíneas realizadas “antes de que se dispusiera de los conocimientos necesarios para detectar los virus correspondientes”. La sentencia condena a los responsables de la transfusión con el argumento de que “en el caso no existía un riesgo vital y, además, se disponía de terapias alternativas a la transfusión. Así, lo diligente habría sido prescindir de la transfusión como única vía absolutamente segura de evitar el contagio, o, al menos, haber procedido a informar al paciente de todos los riesgos que comprendía la transfusión para obtener su consentimiento informado”, SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, p. 39.

En este caso es claro también que la observancia de la normativa administrativa de control de riesgos para las transfusiones, que no incluía las pruebas para las dos enfermedades referidas, no exime de la imputación de imprudencia, pues se asumía un riesgo muy alto en relación con los beneficios de la terapia y sobre todo, con la existencia de alternativas a ella menos riesgosas de un contagio que se sabía que podía producirse mediante la transfusión.

Quizás hubiera resultado más segura la vía de afirmar que el conflicto aparente entre el deber de cuidado y la norma administrativa no permitía entender en un caso de éstos que las personas encargadas de examinar la sangre pudieran afirmar que actuaban conforme a lo autorizado por el ordenamiento jurídico, pues es evidente que las normas que ordenaban exámenes específicos, distintos a los de VIH, constituían un mandato mínimo de diligencia, y en ningún caso el catálogo de todos los deberes a observar en beneficio de la salud o la vida de los pacientes; de manera que cuando se estableció la necesidad de exámenes complementarios, debían ordenarse según lo sugerido, por la *lex artis*.

En esa medida, aunque explore una vía que por lo menos habría requerido de mayor fundamentación, la solución de la sentencia resulta materialmente satisfactoria, y congruente con la necesidad de examinar el acatamiento o no de las pautas de actuación que emergen del deber de cuidado, con criterios distintos al de la mera adecuación formal a pautas administrativas de control de riesgos.

ii) El comportamiento esperado según reglas establecidas en el correspondiente ámbito profesional. La lex artis.

En la medicina existe una amplia auto-regulación por parte de la comunidad profesional, entre otras cosas por la especialidad del saber y por la rápida evolución de los conocimientos²¹⁷, que como regla general no dan espacio a la reglamentación legal de la actividad, salvo casos en que el Legislador mismo o la Administración entienden necesaria la imposición por su parte de medidas de seguridad respecto a comportamientos de alta peligrosidad, como sucede con las ya referidas transfusiones de sangre.

En ausencia de las normativas legales o administrativas, existen pautas de generalizada aceptación por la comunidad profesional respecto a la adecuada ejecución de los procedimientos y actuaciones.

En parte por esa razón los momentos básicos que integran el acto médico (anamnesis, diagnóstico, pronóstico, intervención quirúrgica si hay lugar a ella, y la consiguiente fase

²¹⁷ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, pp. 45.

posoperatoria)²¹⁸, son objeto de una ordenación que emerge de la misma comunidad científica, que con motivo de las investigaciones o de la práctica profesional, con el paso del tiempo y con la constatación de la eficacia de las formas de actuación intentadas en situaciones anteriores, va consolidando un acervo de conocimientos que se constituyen en pautas del buen obrar profesional.

Esos conocimientos suelen ser recopilados en unos documentos conocidos como “protocolos médicos”²¹⁹ que integran especies de manuales de actuación, mediante los cuales se pretende “estandarizar”²²⁰ la atención en determinados espacios, un hospital o una facultad de Medicina, por ejemplo, alrededor de medidas que se tienen por válidas y que se han mostrado adecuadas para el tratamiento adecuado de los pacientes.

El conjunto de conocimientos acendrados (documentados o no), aceptados por la comunidad profesional, para el manejo de determinadas situaciones, en el caso de la actividad

²¹⁸ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, pp. 52 a 62; ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, pp. 144-146.

²¹⁹ “Se ha dicho que la mejor manera de establecer criterios médicos prudenciales es el consenso. Los Protocolos son expresión de la *lex scientiae*. La jurisprudencia parece seguir este criterio, como forma óptima de ceñirse a la *lex artis*, pues el médico que sigue una terapia respaldada por sociedades y publicaciones científicas homologadas, halla el mejor aval en el ejercicio profesional. Los Jueces confían en los protocolos y los tiene en cuenta como en elemento valioso para determinar la *lex artis* correcta. Si el médico juzga mejor para el paciente no seguir los protocolos elaborados por las sociedades científicas, ha de justificarlo,...”, ALONSO PÉREZ, *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la “lex artis”)*, p. 65.

También HAVA GARCÍA destaca el elemento de consenso de la comunidad científica al definir la *lex artis* como “aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”, *La imprudencia médica*, pp. 56-57; y “Responsabilidad penal por mala praxis médica”, p. 88.

Implícitamente también DE ÁNGEL, entendiendo que con este concepto “...se trata normalmente de reglas no escritas, ni codificadas pero que son deducibles mediante la observación de lo que es el modo natural o normal de proceder de un profesional razonablemente competente y diligente o cuidadoso”, “Aplicación de un sistema de protocolos”, p. 44.

²²⁰ Sin embargo, no debe perderse de vista que el valor de los mismos es relativo, pues pretender concretar la *lex artis* en un texto escrito implicaría una parálisis de la disciplina. En este sentido, ESER, “...debe rechazarse desde ya una fijación por escrito de la *lex artis* en un estándar alcanzado alguna vez, como p. ej. el que tenga alguna medicina tradicional, debido a que con ello se impediría la continuación del desarrollo de la medicina”, “Medicina y D. Penal: Panorama orientado en el bien jurídico”, p. 31.

médica para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades o dolencias de los pacientes, integra lo que se conoce como *lex artis*, que constituye un criterio muy apreciado en la jurisprudencia en la determinación del deber de actuación correspondiente a la situación concreta, y que por esta última razón impone límites a la libertad de actuación del profesional de la salud.

La *lex artis* como criterio que ayuda a precisar el deber de actuación en el caso concreto debe tomar siempre en consideración la “tipicidad” del caso, respecto a lo establecido en los protocolos: la procedencia de la aplicación de ésta al caso concreto dependerá de la congruencia entre las particularidades del mismo y los supuestos para los que dichas pautas han sido establecidas²²¹.

A partir de la necesidad de valorar las particularidades del caso concreto, la doctrina diferencia los conceptos de *lex artis*, a la que se suele aludir como *lex scientiae* y de *lex artis ad-hoc*, entendiendo que es ésta última, a la que en rigor se debe limitar la referida designación.

Entre quienes se ocupan del tema, ROMEO CASABONA alude a la necesidad de valorar siempre las particularidades del caso concreto; pues serán éstas las que permitan concretar el concepto de *lex artis*. En este sentido, anota:

²²¹ Así por ejemplo, la STS de 29 de marzo de 1988 según la cual “*la práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la lex artis sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y la diversidad del factor humano sobre que se actúa, exigente de métodos o atenciones diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afección de la enfermedad*”

Sobre esta cuestión también insiste la doctrina. Así por ejemplo GÓMEZ RIVERO, “De la misma unanimidad goza la afirmación en torno a que los presupuestos de la responsabilidad del médico por su actuación negligente están decisivamente condicionados por la nota de la circunstancialidad y la consiguiente imposibilidad de plasmar en reglas fijas e inamovibles la relatividad de los aspectos que debe observar a la hora de realizar su actividad”, *La responsabilidad penal del médico*, p. 334; ROMEO CASABONA: “La *lex artis* señala una serie de reglas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes; pero a pesar de esto, siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar por la situación típica prevista por la ciencia médica. En este sentido, puede decirse que la *lex artis* es variable, según las diversas circunstancias con que se encuentre el facultativa: material, lugar, personal ayudante, etc.”, *El médico y el derecho penal*, p. 161.

“La *lex artis* señala una serie de reglas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes; pero a pesar de esto siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por la ciencia médica. En este sentido puede decirse que el contenido de la *lex artis*, es variable, según las diversas circunstancias con que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal, ayudante, etc.”²²².

La variabilidad en las condiciones de cada paciente y la diversidad de efectos que se pueden presentar en una situación similar, que además en el caso concreto puede sugerir la inobservancia de las pautas de actuación generalmente aceptadas, no resultan sin embargo suficientes para desvirtuar que es justamente el ofrecimiento de guías de actuación para casos con determinadas características, lo que hace útil la *lex artis*, como criterio de valoración de la observancia o no del deber de cuidado, con un sentido básicamente indiciario. Esa pretensión de generalidad de dichos criterios en nada se opone, sino que obliga a considerar las particularidades del caso, pues de ninguna utilidad sería la *lex artis* a los referidos efectos si no ofrece criterios para el manejo de dichas particularidades.

Así las cosas, las particularidades del caso concreto permiten entender que de la observancia de los protocolos no necesariamente se deriva la licitud de los riesgos generados con el acto médico²²³, pero la utilidad de la *lex artis* a los efectos de valorar la licitud o no del

²²² ROMEO, *El médico y el Derecho penal*, p. 162; también en *El médico ante el Derecho*, pp. 69-70.

En el mismo sentido, el prof. ALONSO PÉREZ, destaca que el concepto de *lex artis* se refiere siempre al caso (al paciente) concreto, por lo que considera que no es procedente diferenciar entre *lex artis* abstracta (a la que califica de *lex scientiae*) y *lex artis ad-hoc*; y señala también que es este segundo concepto el que recoge lo que se ha querido significar con este concepto: “No hay otra *lex artis* que la que el médico aplica ante el enfermo (*lex artis ad hoc*) que se nutre, eso sí, de la ciencia médica, de los conocimientos de la ciencia patológica: a efectos de la *lex artis*, propiamente dicha solo existen enfermos concretos, enfermedades concretas (a veces muy entreveradas y muy complicadas), centros sanitarios concretos, médicos responsables concretos”, “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la “*lex artis*””, p. 59.

Diferencia también entre la *lex scientiae* y la *lex artis*, que habría de ser entendida siempre como *lex artis ad hoc*, GRACIA GUILLÉN, “Jurisprudencia penal y *lex artis*”, p. 56

²²³ De la forma como se entienda la *lex artis*, dependerá en medida importante que su infracción resulte indicadora o no de imprudencia. En función de su entendimiento del concepto, ROMEO CASABONA concluye que no es posible imputar imprudencia a quien se ciña a las pautas de la *lex artis*, y que la inobservancia de las mismas no necesariamente habría de conducir a la imputación de culpa, *El médico y el derecho*, p. 70.

riesgo, sí parece depender de que en la fase del tratamiento en que se vaya a aplicar la situación coincida con lo previsto en las correspondientes guías de actuación, y de que dichas pautas se hayan manifestado útiles o idóneas en las fases previas del tratamiento.

La capacidad indiciaria de la licitud del acto médico que tienen los protocolos es relativa. El dinamismo que se reconoce como una de las características fundamentales de la práctica de la medicina²²⁴, y que determina la constante actualización de conocimientos, hace que en la generalidad de los ámbitos éstos se renueven de manera constante, por lo que los protocolos no necesariamente han de estar siempre actualizados: será normal que los conocimientos que dan lugar a su elaboración o actualización se asienten en la práctica antes de su plasmación en los documentos correspondientes. Además es posible que recojan las prácticas de determinados espacios, por ejemplo un centro hospitalario, sin alcanzar a incorporar prácticas que en el ejercicio de la profesión se vayan desarrollando o consolidando en otros ámbitos y que deberán ser tenidos en cuenta.

En relación con ello, también es posible que al elaborar el protocolo se desconocieran los efectos adversos, después constatados y de los que no existían reportes al momento de su redacción, de un medicamento o tratamiento que se tenían por adecuados para el manejo de una específica dolencia; como también es posible que tras la constatación de dichos efectos por la comunidad médica, el medicamento se suministre al considerarlo el protocolo adecuado para el manejo de la enfermedad y carente de contraindicaciones.

En un caso de este tipo, que la conducta se considere cuidadosa dependerá de la adopción de las precauciones que ha sugerido la puesta en práctica de los conocimientos alcanzados al margen de los protocolos de ese centro; es decir, no suministrar el medicamento y buscar sucedáneos que ofrezcan menos riesgos para el paciente de reacciones desfavorables.

Lo mismo sucede, por ejemplo, con la aceptación en la comunidad científica de la necesidad de someter al paciente con sospecha de determinado tipo de lesión a medios de diagnóstico que no constan en los protocolos pero que son avalados y sugeridos por la ciencia médica en ese momento. En ese sentido, constituye una infracción del deber de cuidado o de

²²⁴ Lo cual determina a su vez el dinamismo de la *lex artis*, Así, por ejemplo, HAVA GARCÍA: “La *lex artis* médica se revela como un concepto eminentemente dinámico, en el sentido de que está sometido a un constante proceso de evolución y cambio”, *La imprudencia médica*, p. 57.

actuación no ordenar la práctica de dicho medio diagnóstico, por ejemplo, una escanografía a un paciente con trauma severo de cráneo, de empleo generalizado en un determinado sector, pero no incluido en algún protocolo, omisión por la cual no se detecta la naturaleza y la extensión de una lesión intracraneal, con la consiguiente privación al paciente de un tratamiento que pudiera mejorar su condición.

En este sentido, no debe desatenderse la importancia del factor económico en la fijación de las pautas de actuación adecuadas en un determinado contexto. La escasez de recursos económicos para la atención de los pacientes en un régimen de seguridad social con pretensiones de cobertura universal, puede hacer que jurídicamente deban aceptarse medios de diagnóstico o tratamiento que no son los óptimos, pero que son los que permiten la cobertura de un número mayor de pacientes²²⁵. Eso determina que en casos como el ya mencionado de trauma de cráneo, pudiera no haber lugar a que de entrada se ordenen exámenes radiológicos al paciente, y que por el contrario, ello se condicione a la evolución de su estado neurológico según la evaluación clínica.

La *lex artis* opera en las distintas fases del acto médico, y antes incluso del inicio de lo que propiamente será el tratamiento. Esto es importante señalarlo, pues la diferenciación entre la selección del tratamiento y su ejecución²²⁶, podría sugerir, erróneamente, que solo en la segunda etapa procediera aplicar la *lex artis*.

En la selección del tratamiento es fundamental la formulación de un diagnóstico, del que se deriva la indicación médica, que tiene que ver con la selección de “la medida o medidas más convenientes en relación con la gravedad de la enfermedad y de las necesidades del enfermo en el caso concreto”²²⁷. Según ella, el profesional de la medicina escogerá (con las precisiones que se harán más adelante respecto al papel del consentimiento en este

²²⁵ En el ámbito del diagnóstico SILVA SÁNCHEZ plantea el problema de la escogencia de ayudas condicionadas por el factor económico: “...el médico divergente que emplea un método estimado científicamente más eficaz pero desproporcionadamente más caro obra, por supuesto, de modo conforme al deber de cuidado. Ello, sin embargo, no se opondría a estimar que la mayoría, que emplea un método algo menos eficaz por ser incomparablemente más económico, tampoco infrinja deberes de diligencia por obrar en el marco de un riesgo permitido. De todos modos, el caso podría adquirir una configuración diversa en la sanidad pública y en los supuestos de prestaciones sanitarias por compañías de seguros”, *Medicinas alternativas*, p. 61, nota 75.

²²⁶ Así, ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, pp. 147-163.

²²⁷ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 147

contexto) entre varios tratamientos posibles, el que reúna los caracteres de idoneidad y eficacia, de manera que se aplique, o al menos se proponga al paciente, para que él decida el que le resulte más ventajoso por reportarle, según su criterio, mayores beneficios y menores riesgos.

Limitar la aplicación de la *lex artis* a la ejecución del tratamiento²²⁸ explicaría la generalización, inadecuada, de una idea que tiene su origen en otro contexto, según la cual los errores de diagnóstico no generan responsabilidad. A continuación se hará una breve alusión a la relevancia del error técnico en la valoración del comportamiento, y tras ello, al problema específico del error de diagnóstico, como una modalidad de aquél.

a') Valoración científica y valoración jurídica. El problema del error en el tratamiento

En la doctrina se ha analizado la pertinencia del juicio de la comunidad profesional en la determinación del carácter imprudente o no de la actuación médica, mediante la introducción de elementos que ayudan a precisar el significado del concepto de *lex artis*, lo que hace procedente aludir al asunto.

En este sentido, se propone diferenciar los conceptos de fallo técnico, relacionado con el juicio de la comunidad científica en el sentido de que la actuación del profesional no se adecuó a los criterios y pautas de manejo de la situación, que ella tiene por válidos²²⁹ y de infracción del deber de cuidado; y reivindicar la independencia del primero respecto a las valoraciones de tipo jurídico²³⁰.

La doctrina que defiende la diferenciación señala que dada la diversidad de contenidos de los juicios acabados de referir, es posible que sus resultados no coincidan, por lo que una conducta que parece ajustada a las pautas de actuación aceptadas por una determinada

²²⁸ Así, ROMEO, citando a ENGISCH: “La indicación responde al sí del tratamiento, es decir, a si se debe o no aplicar ésta u otra medida; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir” *El médico y el Derecho penal*, pp. 160, 161.

²²⁹ En este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, pp. 234, 235.

²³⁰ Sobre la relación entre este concepto y el de fallo técnico, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, p. 235; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 44.

comunidad médica pudiera infringir el deber de cuidado; o por el contrario, que una conducta en la que no se observan los criterios de actuación aceptados mayoritariamente por la comunidad médica, sin embargo resulte adecuada a derecho.

Ante esta situación hay que preguntarse por la incidencia de la valoración técnica sobre la valoración penal. La respuesta a esta pregunta implica hacer algunas precisiones. Para empezar, la valoración técnica no siempre coincide con la valoración jurídica, habida cuenta de las distintas finalidades e intereses que respecto a los demás sectores de actividad social, corresponden al Derecho; atendidas esas diferencias de finalidad, las conclusiones de ambas valoraciones podrían diferir.

Sin embargo, no se puede desconocer que quienes poseen la formación respecto al tratamiento de los problemas de la salud, son los profesionales de la salud, que por ello cuentan con la preparación para determinar las medidas idóneas para proteger la vida y la integridad de las personas. La legitimidad del juicio de un lego, respecto a la idoneidad o validez de las medidas adoptadas para proteger la vida de las personas resulta muy cuestionable, sobre todo si se orienta a la posible desaprobación por parte del juez de una práctica aceptada por la generalidad de la comunidad profesional (factor determinante de la permisión o no del riesgo). Para el enjuiciamiento de un acto médico particular, será ineludible apoyarse en los conocimientos consolidados en la comunidad científica y que llegan al proceso, por ejemplo, por la vía de peritos; por lo que corresponderá al juez establecer si los factores relevantes para la valoración jurídica de la actuación coinciden con aquellos en los que se fundamentó la valoración técnica.

Dado que el ejercicio de la medicina está orientado en general a la protección de los intereses vitales de los pacientes, la desvaloración jurídica (atribuyéndole carácter de imprudencia) de una práctica profesional aceptada por la comunidad médica, será por ello excepcional. Y dependerá de la selección por parte del juez de los elementos de juicio (por ejemplo, sobre alternativas de tratamiento, riesgos inherentes al procedimiento, sobre la forma adecuada de ejecutarlo o de neutralizar los riesgos, etc.) que se le ofrezcan por vía de unos órganos de prueba vinculados a la práctica profesional.

En esa medida, la diferencia entre los conceptos expuestos parece orientada a precisar que existen distintos niveles de valoración de una actuación, como el técnico y el jurídico; y

que los eventuales resultados contrarios dependerán de la finalidad técnica del procedimiento y del sentido de la intervención penal en relación con el mismo asunto.

b') El error de diagnóstico

Las diferencias entre error técnico e infracción del deber de cuidado podrían implicar que en algún caso haya una falla técnica que no sea jurídicamente relevante; pero también podría implicar que en algún caso se tenga por válida, desde el punto de vista técnico, una conducta que resulta infringir el deber de cuidado. El error de diagnóstico es un problema que ha motivado una interesante discusión acerca de las relaciones entre estos dos conceptos. Y ha alcanzado tal importancia que incluso en la doctrina jurisprudencial se le suele considerar uno de los factores que integran el cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud²³¹; por tal razón se dedicarán algunas líneas a este problema.

El diagnóstico es la actividad tendiente a establecer el origen de los padecimientos del paciente a partir del conjunto de los signos y síntomas presentados por él. Es el punto de partida a partir del cual se establece el tratamiento que se le ha de ofrecer o brindar, dependiendo de las condiciones en que se halle de consentir²³².

El cuadro que da lugar al diagnóstico puede ser equívoco, por ejemplo, porque varias enfermedades distintas manifiesten signos y síntomas similares (como sucede con los cuadros

²³¹ Así por ejemplo, la STS de la Sala Segunda del 7 de octubre de 1986 (Mg. GIL), pretendió compendiar la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto al tema mediante cuatro fórmulas básicas: “1) *La no incriminación del error científico (sentencias de 10 de marzo de 1959 y 17 de julio de 1982), ni los dimanantes del diagnóstico (sentencias de 16 de abril de 1979, 5 de febrero de 1981 y 26 de octubre de 1983), excepto que por su propia categoría cuantitativa o cualitativa resulten indispensables (sic) (sentencias de 10 de abril de 1970 y 26 de octubre de 1983); 2) Tampoco se reputa punible la falta de extraordinaria pericia (sentencias de 8 de octubre de 1963 y 5 de febrero y 8 de junio de 1981); 3) La culpabilidad se radica en los casos en que el facultativo pudo evitar el comportamiento determinante del resultado lesivo (sentencias de 16 de abril de 1970, 25 de noviembre de 1980 y 8 de junio de 1981); y 4) que la búsqueda de la responsabilidad médica punible debe realizarse huyendo de generalidades inmutables (sentencias de 25 de noviembre de 1980 y 8 de junio de 1981)”.*

²³² Señala CRESPI, citado por Ag. JORGE BARREIRO que la diagnosis es “el momento central de la actividad típica del profesional médico, en cuanto éste para poder establecer un tratamiento debe verificar si efectivamente existen síntomas morbosos objetivos y, si existen, cuál es la naturaleza de la enfermedad y su gravedad”, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 54.

iniciales de enfermedades tan distintas como las acidopépticas y el infarto agudo de miocardio), que pueden desorientar al profesional respecto a la naturaleza y entidad de los padecimientos que está llamado a tratar. La posibilidad de que el diagnóstico se oriente en el sentido de alguna de las patologías que sin ser la causante de la enfermedad pudiera explicar signos y síntomas como los del paciente, sería la razón para afirmar que del error de diagnóstico no se deriva responsabilidad penal.

Y así, por muchos años la jurisprudencia ha aludido a una cláusula general, según la cual, salvo un error “grosero”, el error de diagnóstico no constituye una imprudencia, y en consecuencia, no debe generar responsabilidad penal. Sin embargo, esa afirmación no constituye un principio de validez general y está condicionada en su aplicación a toda una serie de consideraciones como las que se indican a continuación.

El planteamiento básico deriva de la idea de que la medicina es una disciplina (a la que a veces se le dispensa el tratamiento de ciencia, y otras, el de arte²³³) necesariamente imprecisa²³⁴ dada la gran cantidad de variables que concurren en su ejercicio, que además se manifiestan de manera muy diferente en los distintos casos: la integridad física y mental de las personas, las formas de manifestarse la enfermedad, y la respuesta a los tratamientos médicos, para mencionar solo algunas²³⁵, que bien podrían explicar la formulación de diagnósticos erróneos.

²³³ Así, la citada sentencia de 7 de octubre de 1986 (M.P. Gil) según la cual: “*cuando esta tipicidad culposa afecta al ejercicio social de la profesión médica, ha de entenderse en su justa valoración por contraerse a la aplicación de una ciencia inexacta en la que intervienen factores inaprensibles, por concurrencia de variedad de riesgos extraños y ajenos a su prudente ejercicio, que quedan extramuros de la responsabilidad cuando las conductas enjuiciadas se desarrollan dentro de las “reglas del arte”, siendo por lo general atípicas cuando obedezcan a error de diagnóstico, salvo que por su dimensión, la equivocación sea inexcusable o la incuria sobresaliente*” (el resalto es añadido).

²³⁴ CHOCLÁN, *Delito imprudente*, p. 169; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, p. 334; HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, p. 57.

²³⁵ Sobre los límites de la eficacia exoneratoria de responsabilidad del error de diagnóstico, la STS de 29 de marzo de 1988, asevera “*La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la lex artis, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y la diversidad del factor humano sobre que se actúa, exigente de métodos o atenciones diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afección de la enfermedad. La medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprehensibles, se*

No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de matizar esta regla a la que ella misma atribuye carácter general; y, con frecuencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aludido a este enunciado, pero para desconocer el efecto eximente del error de diagnóstico, sobre la base de que su entidad en el caso concreto, sí amerita la imputación de imprudencia al profesional de la salud, con lo que la capacidad del error de diagnóstico para eximir de responsabilidad dependería de su entidad.

Para empezar con el análisis, hay que destacar que la calificación de un diagnóstico como erróneo puede hacerse desde una perspectiva *ex ante* o desde una perspectiva *ex post*. En la generalidad de los casos, la constatación desde una perspectiva *ex post*, de que ha habido un error de diagnóstico no genera especiales problemas en un ordenamiento jurídico que confiere eficacia motivadora a las normas penales, que, en este caso, imponen el deber de actuación cuidadosa y que como consecuencia de ello valoran la ilicitud del comportamiento desde una perspectiva *ex ante*²³⁶. Por ende, la constatación solo *ex post* de que el paciente padecía una enfermedad distinta de aquella que se le diagnosticó y por la que se le inició

interfieren y sorprenden riesgos extraños de difícil previsibilidad, propiciando errores de diagnóstico, dentro de tolerables márgenes, que pueden escapar al rigor de la incriminación penal. Otros errores de este tipo, por razón de su quantum -notable dimensión de la equivocación padecida-, tornarán inexcusable el comportamiento del médico, máxime si resulta detectable un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso, la ausencia de normales verificaciones o padecimiento. El reproche viene dado en estos casos no tanto por el yerro de juicio como por la dejación de atenciones o comprobaciones sobre las que aquél ha de asentarse”.

²³⁶ Así por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ: “...la única interpretación razonable de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia es la de que el médico no puede ser hecho responsable por un diagnóstico fallido, esto es, por un mero “resultado” de error, por muy grave que este resultado sea. Por contra, el análisis ha de centrarse en la conducta que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no. De conformidad con esta idea, el error en el diagnóstico en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible”, *Medicinas alternativas*, pp. 13 y 14.

Más adelante el mismo autor señala que la doctrina del Tribunal Supremo, complementaria de la que proponía el planteamiento general de excusabilidad del error si éste es vencible, “es superflua en la medida que el error excusable (invencible), nunca da lugar a responsabilidad en ningún ámbito, mientras que el error excusable (vencible) “es la quintaesencia de la imprudencia, y por tanto susceptible de generar responsabilidad”, p. 14.

O ZAFFARONI: “El error diagnóstico es una mala praxis, pero debe ser valorado siempre *ex ante*, y conforme a los medios de que dispone el profesional para hacer su diagnóstico. Sucede en muchísimos casos que estos medios son bastante pobres por la pauperización de los recursos públicos destinados a salud”, *Responsabilidad médica*, p. 174.

tratamiento, no es suficiente para atribuirle una actuación ilícita al profesional²³⁷. La indagación respecto a los efectos eximentes o no del error de diagnóstico debe hacerse desde una perspectiva *ex ante*, dado que la calificación del comportamiento como imprudente o no depende de dicha perspectiva y, en consonancia con ello, habrá de valorarse las razones que dieron lugar a formular el diagnóstico erróneo.

Para que el error de diagnóstico no sea manifestación de la infracción de un deber de cuidado, debe haberse producido tras una adecuada recopilación de la información relativa a los signos y síntomas del paciente (la denominada anamnesis)²³⁸, y atender a otros criterios

²³⁷ De alguna manera ese es el criterio de la STS de 25 de noviembre de 1980 (M.P. Latour) en la que se deduce la claridad de los signos de la enfermedad no diagnosticada a partir de lo que ya era evidente unas horas más tarde de la atención brindada por el médico procesado. Desafortunadamente la sentencia no indica por qué los signos de enfermedad eran ya inequívocos en el momento de la atención del paciente por parte del procesado, limitándose a decir que pese “...a no existir prueba alguna de que en la intervención quirúrgica se omitiesen las precauciones usuales de asepsia, no es menos cierto que ante los primeros síntomas, ciertos, palmarios y evidentes, que denunciaban la presencia del tétano, el Cirujano no lo diagnosticó y atribuyó su sintomatología a otra enfermedad con evidente e inexcusable error de diagnóstico, y fue en este preciso instante cuando su proceder culposo incidió de modo eficiente en la relación causal”.

²³⁸ En este punto es fundamental resaltar la severidad que en algunas ocasiones ha demostrado el TS con el hecho de no ordenar o realizar los exámenes necesarios para establecer la real condición de salud del paciente.

En la famosa sentencia del 10 de marzo de 1959 (M.P. Díaz Pla), dictada en el proceso seguido contra un cirujano que en el transcurso de una cirugía, con un objeto ajeno por completo a lo que después se presentó, mutiló el pene del paciente ante la impresión de que presentaba un sarcoma de pene, se señala que “la impresión puramente subjetiva sobre la certeza del cáncer, obtenida de una simple observación visual, sin antecedentes patológicos conocidos, solo autorizaría al cercenamiento instantáneo del órgano respectivo, en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga en riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque, de no ser así, la más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada..., en incluso recabar el concurso de otros facultativos en busca de garantías de acierto”.

En la sentencia de 8 de octubre de 1963 (M.P. QUINTANO) se condena a un médico que en el transcurso de una cirugía exploratoria para buscar una bala no contuvo la hemorragia que presentó el paciente y que le causó la muerte: “lo que ciertamente no debió hacer ya en el aspecto normativo de su conducta es omitir en un centro sanatorial de una capital de provincia, y no en extraordinarias situaciones de emergencia, la obtención de las nuevas radiografías hasta determinar la situación de la bala”.

En la STS de 17 de julio de 1982 (M.P. RODRÍGUEZ LÓPEZ) se condena a un médico que, entre otras infracciones del deber de cuidado, no ordenó una radiografía para constatar la existencia de una alubia que obstruía las vías aéreas de una menor de edad, que incluso había sido remitida para la realización de una broncoscopia: “No es

como la intensidad y duración de los signos, el tipo de enfermedades que pudieran explicarlos, la “tipicidad” del caso y la especificidad de los signos, la disponibilidad de recursos, etc.

Si los signos detectados se reconocen como equívocos, pudiendo corresponder a enfermedades de disímil gravedad, será necesario adoptar medidas para establecer a cuál de los cuadros posibles obedece el padecimiento del paciente, pues mientras más graves o comprometedoras de su salud sean las enfermedades que pudieran explicarlos, mayores esfuerzos demandará la indagación a efectos de una adecuada formulación del diagnóstico. De la misma manera, tras la formulación del diagnóstico, habrá de atenderse a la evolución con el tratamiento iniciado a partir de él, para establecer si se hace necesaria su modificación o la del diagnóstico inicial²³⁹.

Por ende, si desde el comienzo alguna de las alternativas diagnósticas se refiere a dolencias de una entidad suficiente como para poner en grave peligro la vida del paciente o su salud, el deber de cuidado implica realizar controles que ayuden a evitar el desencadenamiento incontrolado de los riesgos asociados a dichas patologías.

Ello implica entonces, que el diagnóstico de la enfermedad no es inmodificable y que debe revisarse en función de los resultados de los tratamientos adoptados tras el diagnóstico o

infrecuente que el facultativo abuse o confíe en exceso en el llamado ojo clínico, que es un don intuitivo de imposible valoración, y que en ocasiones puede provocar temeridad, cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales (prescindir de análisis clínicos y reconocimientos radiológicos, etc.)”.

²³⁹ Así por ejemplo, en la STS del 23 de febrero de 1979 (Mg. COTTA) se condena a un médico de guardia de urgencias domiciliarias que no modificó sus indicaciones tras una segunda visita a una paciente a quien encontró un cuadro similar al de la primera visita, desestimando los indicios de un cuadro de especial gravedad: “*la conducta debe calificarse...de negligente en extremo, pues prescindiendo del error inicial en el diagnóstico de la afección..., lícito hasta cierto punto, por no ser exigible ni en éste ni en ningún otro aspecto de la vida la infalibilidad, la culpa del facultativo arranca en el momento en que por segunda vez visita a la enferma - que...continuaba con los fuertes dolores abdominales del principio, acentuados ya en esta ocasión y sin más comprobaciones que el control del pulso y exploración táctil del vientre receta y administra un tranquilizante para remediar el nerviosismo y estado de ansiedad de la doliente, cuando lo que debió haber hecho fue ordenar de modo inmediato y con urgencia su ingreso en la correspondiente Residencia Sanitaria a fin de que, previas las oportunas investigaciones, se diagnosticase el mal con precisión y se adoptasen las medidas quirúrgicas o medicamentosas adecuadas, las que posiblemente hubiesen evitado el mortal desenlace”.*

diagnósticos iniciales, y que durante el tratamiento han de emplearse de manera sucesiva los medios adecuados para detectar o descartar cualquiera de las posibles alternativas que pudieran ocasionar el cuadro del paciente; e implica también que ante un riesgo potencialmente mayor para la vida o la salud, mayores deben ser las medidas a adoptar para establecer su origen y el tratamiento que se debe dispensar.

Lo que en el fondo significa lo anterior, y a ello conducen los planteamientos recientes de la doctrina y la jurisprudencia, es que se debe matizar la afirmación según la cual el error de diagnóstico es un factor que impide la imputación de imprudencia. En realidad el de diagnóstico es un error de tipo, que ha de ser valorado de conformidad con las reglas establecidas para apreciar su vencibilidad o invencibilidad. También el diagnóstico está sujeto a reglas de cuidado²⁴⁰.

Aunque no existe un cuerpo teórico en la jurisprudencia en relación con el error de diagnóstico, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo Español analizados, se pudo constatar la relevancia que se confiere para la valoración del error de diagnóstico al hecho de ordenar exámenes de laboratorio y otras ayudas diagnósticas que permitieran establecer el origen de los problemas de salud del paciente. La orden de las mismas, ha permitido descartar en algún caso la existencia de imprudencia por error en el diagnóstico, incluso cuando se conoce la mala calidad de los equipos en que se han practicado.

Así, en STS de 20 de diciembre de 1990, Mg. DELGADO G., se eximió de responsabilidad a una médica de prisiones que diagnosticó como catarro, lo que era una tuberculosis, en un paciente que en general había gozado de buena salud, pero cuyo cuadro pulmonar evolucionó hacia el agravamiento, y que falleció por causa de la enfermedad que sí padecía. Sobre la persistencia del diagnóstico inicial por la médica dice la sentencia:

²⁴⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ: “En definitiva, debe darse la razón a la doctrina que unánimemente acoge la posibilidad de hacer responsable al médico por errores (vencibles) en el diagnóstico. Cuestión distinta es que la actividad médica, por las especiales características de la misma: radical inseguridad, desconocimiento (todavía) de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o de las variables que determinan que éstas operen de modo distinto en función del individuo, sea un campo especialmente abonado para errores invencibles (en el estadio actual de los conocimientos). Pero ello no desvirtúa la declaración de principio antes efectuada)”, *Medicinas alternativas*, p. 14

“...ella creyó que se trataba de una normal complicación del catarro diagnosticado 11 días antes, que se le había pasado a las vías respiratorias bajas, y mandó un tratamiento que nadie ha dicho que fuera inadecuado a dicho diagnóstico. Después el enfermo no volvió a consulta, y es de suponer que seguiría con la medicación ordenada y las precauciones propias del caso con la esperanza de su curación, cuando de modo súbito falleció a los 7 días”²⁴¹.

Respecto al empleo de una ayuda diagnóstica que se sabía de mala calidad, dice la misma STS que:

“...no cabe personalizar en la procesada la responsabilidad que pudiera derivarse del mal estado de los rayos X, y, menos aun, una responsabilidad penal, aunque sea a título de imprudencia, que necesariamente ha de apoyarse en la realidad probada de un comportamiento negligente... la procesada... actuó haciendo una correcta aplicación de sus conocimientos médicos y un uso adecuado de los medios que tenía a su alcance”.

La dificultad para el diagnóstico de un cuadro muy bizarro que motivó una cirugía de la cual se derivaron graves secuelas a la paciente, permitió eximir de responsabilidad a un médico traumatólogo que en aras de efectuar el diagnóstico había acudido a un scanner, en la STS de 29 de febrero de 1996, Mg. PUERTA L.²⁴².

²⁴¹ La STS de 25 de mayo de 1999, Mg. MARTÍN C. se manifiesta muy estricta con un médico gineco-obstetra que no detectó una tuberculosis en una paciente embarazada, que consultó en varias ocasiones con adenopatías en zona laterocervical, que no eran explicables por el embarazo, y que en alguna de las consultas refirió un cuadro gástrico. Refiriéndose al médico, se manifiesta que las adenopatías “debieron alertarle sobre la existencia de un proceso patológico no asociable normalmente con el embarazo, no obstante lo cual no procede a averiguar las causas y ellos resulta grave en una zona del país en la que ya se había constatado la resurgencia significativa de casos de tuberculosis y están los médicos alertados sobre la posibilidad de encontrarse casos de tal enfermedad, cuyos síntomas tampoco observó el recurrente cuando la mujer fue ingresada de urgencia con un problema aparentemente gástrico, pero manteniendo la misma sintomatología general. El acusado señaló que realizó todas las actividades que le pidió la paciente pero es indudable que de un médico especialista o no, se ha de tener una conducta activa de descubrimiento de síntomas y aplicación de terapias oportunas y adecuadas para contrarrestar las patologías que se encuentren...”.

²⁴² La ya citada STS de 25 de noviembre de 1980 analiza la actuación de un cirujano que tras la realización de la cirugía confunde un cuadro tetánico con un cuadro neurótico. En este caso se imputa imprudencia, al considerar

Otras SsTS que imputaron imprudencia en los casos en los que no se ordenaron las ayudas diagnósticas indicadas son las de 8 de junio de 1994, Mg. MOYNA, y la de 10 de noviembre de 1999, Mg. GIMÉNEZ:

La primera, destaca que la sentencia de instancia

“se refiere al error de diagnóstico ‘que incidió directa y eficientemente en el fatal desenlace’, porque conociendo la existencia de un traumatismo craneoencefálico que podía revestir gravedad por el persistente estado de seminconsciencia del sujeto no completó los datos elementales e indispensables para el diagnóstico, máxime cuando la embriaguez podía enmascarar el cuadro, decidiendo calificar de leve el traumatismo y disponer el alta hospitalaria sin practicar otras pruebas, especialmente la tomografía axial computarizada (TAC) que hubieran denunciado oportunamente la presencia del edema y hemorragia cerebral que llevó a un resultado irreparable”²⁴³.

La segunda, considera que la orden de ayudas diagnósticas está en función de la sintomatología del paciente. Ellas no deben ordenarse cuando la condición de salud y la información suministrada al médico no sugieran el padecimiento que puede ser detectado con la ayuda correspondiente. En este sentido y analizando la actuación del médico de una empresa que atendió a un trabajador que había sufrido un desvanecimiento, y que poco tiempo

que el cuadro era suficientemente específico, lo que se refuerza por el hecho de que el diagnóstico correcto fuera hecho por otro profesional cuatro horas más tarde; argumento discutible dada la forma en que en poco tiempo se manifiesta la sintomatología específica de determinadas enfermedades.

En sentido similar la STS de 10 de diciembre de 2001 absuelve a una médica pediatra que atendió a una niña de 4 años con fiebre y vómito, en quien horas después del alta se manifestó una sepsis fulminante. Las consideraciones atinentes a que la sepsis no se manifestó durante la atención, y ni siquiera en las primeras horas tras el alta, se ven complementadas por la idea de que *“no se dio de alta a la niña tras la exploración, sino que se esperó al resultado de la analítica, y con su resultado, y comprobando externamente el buen estado general, se optó por darle de alta”*.

²⁴³ Sin embargo, a diferencia de la sentencia de instancia se considera que no se trató de un caso de imprudencia profesional, dado que se mantuvo en observación al paciente algunas horas. También se entiende constitutiva de imprudencia la omisión de una ayuda diagnóstica, una placa de rayos X, la STS de 22 de febrero de 1991, Mg. GARCÍA M.

después de la atención, ya en su casa, sufrió un accidente cardiovascular que le produjo la muerte, señala que:

“Fuera o no un síncope lo que sufrió el trabajador (mientras estaba en la sede de la empresa, se añade), lo relevante es que el dato de la pérdida de consciencia no fue conocido por el médico de la empresa..., y que no constando en su historial médico sintomatología específica de enfermedad cardíaca, la prescripción de un electrocardiograma no era exigible, máxime si como se reconoce por otros doctores “no está recomendado si no tenía síntomas”.

iii) El principio de confianza

Otro concepto que ha adquirido gran relevancia en los últimos años como criterio de determinación del carácter imprudente de un comportamiento es el principio de confianza, cuyos efectos se consideran especialmente relevantes al deslindar los espectros de responsabilidades correspondientes a personas que actúan en espacios sociales en los que concurren con otros actantes²⁴⁴, bien sea mediante la ejecución de actividades complejas en un régimen de distribución de funciones (ejemplo paradigmático de lo cual se considera la labor de un equipo médico en un quirófano); o mediante la ejecución sucesiva de actuaciones por parte de personas que obran unas después de otras y que confían o pueden confiar en la idoneidad de las actuaciones o prestaciones previas, incluso aunque no exista trato o contacto personal entre ellas (como el distribuidor minorista y el responsable de producción de una gran trasnacional productora de medicamentos, cuyos productos son distribuidos por el primero); o para terminar, mediante la concurrencia de actividades de riesgo independientes en su ejecución, pero que coinciden en tiempo y espacio (que sería el caso del tráfico automotor, en el que concurren las actividades de riesgo de distintos conductores, sin necesidad de acuerdo previo, actividad en relación con la cual se desarrolló del concepto)²⁴⁵.

²⁴⁴ FEJOO, “El principio de confianza”, p. 103.

²⁴⁵ Según algunos expositores es el de las conductas no realizadas en virtud de un propósito común a varios autores (y más precisamente, el del tráfico rodado), el espacio propio para la operancia del principio de confianza, referencias en CHOCLÁN, *Deber de cuidado*, p. 115.

Una condición básica para la fluidez de los contactos sociales, en una sociedad como la actual, consiste en la posibilidad de confiar en que los demás realizarán su comportamiento de manera ajustada a derecho. La vida social se paralizaría, si a cada momento hubiera que detenerse a constatar la idoneidad de las actuaciones de los cointervinientes en la actividad de riesgo, para establecer, de acuerdo con ello, las condiciones en que debiera ejecutarse la propia actuación²⁴⁶.

Ello implica que en una sociedad de múltiples contactos, muchos de ellos anónimos, los deberes de precaución o de contención de los riesgos de la propia actuación pueden verse determinados por la concurrencia de los actores de terceros, incluso aunque las relaciones con ellos no estén precedidas de ninguna decisión de aportar conjuntamente al logro de un determinado plan.

Como regla general, la agilidad de los contactos sociales impone entonces la posibilidad de confiar en la adecuada actuación del cointerviniente en la situación de riesgo²⁴⁷, y determinar, en consonancia con el alcance de dicha posibilidad en el caso concreto, el propio deber de actuación. El principio de confianza constituye así, un mecanismo de determinación del deber de actuación correspondiente al caso concreto.

Sin embargo, más allá del consenso respecto a esta idea inicial, explicable como ya se apuntó por la necesidad de permitir la agilidad de las interacciones sociales, varios aspectos relacionados con este principio necesitan de claridad; de hecho, hasta la forma como se le

LUZÓN PEÑA por su parte señala que en los casos de trabajo en equipo el principio de confianza opera básicamente para las relaciones de coordinación, siendo tantas las excepciones cuando la distribución de funciones es vertical “que queda un margen muy reducido para el principio de confianza”, *Curso*, p. 505.

²⁴⁶ FEJOO, “El principio de confianza”, p. 98. Más adelante, este autor, resalta la relevancia del principio de confianza en relación con la previsibilidad: “El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas”, *ibíd.*, p. 103. También relaciona estos conceptos, CHOCLÁN, *Delito imprudente*, p. 113.

²⁴⁷ Para destacar que el principio de confianza tiene que ver con la actuación de personas y no con sucesos naturales, señala FEJOO que: “En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta el *principio de autorresponsabilidad*”, “El principio de confianza”, p. 106.

enuncia es problemática. Por ejemplo, se suele decir que quien al obrar no infringe el deber de cuidado, puede confiar en que los demás tampoco infrinjan el deber que a ellos les corresponde²⁴⁸.

Dicha enunciación comporta una petición de principio, pues si se entiende que este principio es un criterio auxiliar de la concreción del deber de cuidado, no debería partirse, justamente, de que quien no infringe dicho deber es quien puede confiar. Al razonar de esa manera, la conclusión buscada se convierte en el comienzo de la indagación²⁴⁹. Tampoco parece razonable sentar como regla general que no pueden invocar este principio las personas que con un comportamiento previo hubieran infringido el deber de cuidado. Ello tendría un discutible efecto *versarista*²⁵⁰.

Tampoco es claro el alcance del principio cuando se trata de enjuiciar actuaciones realizadas bajo el sistema de distribución de funciones, en relación con los sujetos que por ostentar posiciones jerárquicamente superiores, parecieran tener un deber de vigilancia de la actuación de los cointervinientes en la actividad de riesgo (cfr. III.C.3.a)

Problemas como éstos, relacionados incluso con la enunciación misma del principio, obligan a indagar entonces por los alcances de la posibilidad de confiar en la adecuada actuación de terceras personas.

²⁴⁸ En este sentido, ROXIN señala que “En su forma más general (-el principio de confianza-) afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario”, *DP, PG*, T.I., p. 1004, nro. 21; en la misma línea, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 504.

²⁴⁹ En sentido similar, GIL GIL: “Quien cumple con las normas de cuidado que regulan la situación específica no es que pueda confiar en que los demás también lo harán, sino que no realiza ninguna conducta contraria a la prohibición”, “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto”, p. 51.

²⁵⁰ Así, ROXIN: “quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio. El “castigo” del conductor alcoholizado con la pérdida del derecho a la protección de la confianza supondría la sanción inadmisibles de un *versari in re illicita*”, *DP, PG*, T. I., p. 1005, nro. 24; JAKOBS: “se puede confiar en la ausencia de conductas drásticamente delictivas,..., incluso cuando el mismo que confía se comporta antijurídicamente”, *DP, PG*, p. 256; FEIJOO, “El principio de confianza”, p. 118.

Para empezar, cabe reiterar que el deber de cuidado es graduable, por lo cual puede tener una mayor o menor intensidad dependiendo de una serie de variables. Aceptada la existencia de espacios sociales en los que la propia actuación coexiste con otras (bien porque la complejidad misma de la actividad así lo demande, o bien por una coincidencia no buscada con la actuación de terceros), el comportamiento de los terceros puede condicionar el deber de cuidado del primer actor, pudiendo incidir entre sí el comportamiento que deben observar los distintos actores²⁵¹.

La ya mencionada necesidad de agilizar los contactos sociales permite confiar, como regla general, en la ejecución de una actuación cuidadosa por parte de los cointervinientes en la actividad que se despliega, por lo que, en principio, el actor solo debe velar por lo cuidadoso de su propia actuación sin que deba adoptar medidas para neutralizar los riesgos generados por la actuación de terceros²⁵².

Sin embargo, en algunas situaciones, en las que se llega a ostentar algún tipo de competencia sobre el riesgo desplegado por un tercero, sí deberán adoptarse ese tipo de medidas, lo que comporta adecuar el propio deber de cuidado a los efectos de la actuación de terceros. Ello sucederá, por ejemplo, cuando se asume una posición en el tráfico jurídico que impone vigilar la actuación de ellos y, posiblemente, cuando se les delegan funciones propias (cfr. III,C,3,a,iii). También existe un deber especial de actuación en casos en los que sin existir un deber previo de neutralizar los riesgos creados por el tercero, la advertencia de

²⁵¹ PUPPE, crítica con el principio de confianza, señala que éste solo sirve para la determinación de los deberes de cuidado, y no para la calificación del riesgo: “Toda la confusión que tanto el principio de confianza como su negación, han ocasionado en la teoría de la imputación objetiva, debe difuminarse al dejarse claro que este principio no forma parte, en absoluto, de la teoría de la imputación objetiva. Sirve exclusivamente para la determinación y limitación de los deberes de cuidado no establecidos positivamente”, *La imputación objetiva*, p. 117.

²⁵² Entre otros muchos fenómenos estudiados por el TS en relación con el principio de confianza, se puede aludir a los relacionados con el empleo de productos o medicamentos defectuosos.

La STS de 23 de junio de 1961 (M.P. LÓPEZ ORTIZ) fue proferida dentro de un proceso en el que se enjuiciaba a un médico farmacéutico y a un oftalmólogo. El primero laboraba para unos laboratorios en los que se produjo un medicamento no estéril, que el segundo aplicó a un paciente. Respecto al oftalmólogo señala la sentencia que: “...si unos laboratorios concesionarios de productos de renombre universal lanzan al mercado un producto “estéril” para oftalmología, no se puede, sin exagerar notas de exigibilidad inculparse al facultativo que dio valor a las aseveraciones de la firma médica garantizadas por la aprobación oficial como corroborante, y procedió en la normal confianza, general y fundada de que obraba en debidas condiciones de asepsia”.

dicha situación pudiera llevar a que el propio comportamiento incremente el peligro generado por aquél.

El principio de confianza es entonces, una pauta general de actuación, según la cual en condiciones normales se puede confiar en que los demás no infringirán el deber de cuidado, por lo cual no habrá necesidad de adoptar medidas para adecuar la propia actuación a la de terceros, pero también expresa que en determinadas situaciones la actuación de esos terceros obliga a adecuar, normalmente incrementándolo, el deber de cuidado correspondiente al propio comportamiento, a fin de evitar afectaciones del bien jurídico²⁵³.

Sobre esta base, procede precisar las condiciones que imponen intervenir para neutralizar la peligrosidad derivada de las actuaciones de terceros. Para empezar, cuando se ha advertido o debido advertir que la conducta del cointerviniente en la situación de riesgo infringe el deber de cuidado (a título de dolo o imprudencia, pues aquí se considera que también quien obra dolosamente infringe un deber de cuidado), debe evitarse que la propia actuación incremente o coadyuve la peligrosidad de dicha actuación²⁵⁴.

El alcance que haya de tener ese deber de no coadyuvancia, exige diferenciar si se trata de terceros ajenos al propio ámbito de actuación, o de personas sobre cuya actuación se ostenta alguna capacidad de dirección y control.

En el primer caso, por ejemplo cuando se conduce un vehículo y otro conductor o un peatón infringen el deber de cuidado, habrá que evitar que la propia actuación se convierta en un factor elevador de la peligrosidad generada por el tercero, para cualquier bien jurídico, incluidos los del primer sujeto²⁵⁵, pero de ello no siempre se deriva necesariamente un deber de evitación del resultado, entendido como una obligación de neutralizar las actuaciones de

²⁵³ JAKOBS condensa ambos elementos: “El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar -en una medida aún por determinar- en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar)”. *DP, PG*, p. 253, nro. 51.

²⁵⁴ FEJOO señala que la conducta errónea del tercero, actual o inminente, “debe ser apreciada como tal por motivos objetivos, sólidos y concluyentes”, “El principio de confianza”, p. 120.

²⁵⁵ Así, se ha dicho que “Nadie puede considerar que ya no tiene que cumplir con su deber de cuidado si otras personas a su vez son descuidadas, siempre que esos descuidos pertenezcan todavía a su ámbito o posibilidades de organización”, FEJOO, “El principio de confianza”, p. 119.

riesgo ejecutadas por terceros; lo que además pudiera incidir en eventuales deberes de autoprotección.

Cuando se tiene el deber de neutralizar las prestaciones erróneas de otras personas, el principio de confianza ostenta una especial importancia, pues el deber de vigilancia consustancial a aquél, limita o reduce el umbral de la confianza legítima: la asignación a una persona de una función de vigilancia de las actuaciones de otra, implica, si no un principio de desconfianza, sí por lo menos la necesidad de incorporar rutinas a la propia actividad que faciliten el control que se está llamado a ejercer²⁵⁶.

La peligrosidad del comportamiento que ha de ser vigilado, la idoneidad del personal encargado de desplegarlo, las condiciones particulares en las que se ejecute la conducta de riesgo, determinarán la intensidad y la frecuencia con que deban adoptarse las medidas de control.

La existencia de un deber de vigilar la actuación de terceros a fin de neutralizar los riesgos generados por ellos, podrá darse también en el ámbito de la delegación de funciones, aunque dependiendo de la modalidad y alcance de la misma. En principio cabría pensar que el titular de la función no se puede desprender por completo de la forma en que la misma se desarrolle; de manera que si el delegado ejerce de manera inadecuada las funciones, generando riesgos desaprobados para el bien jurídico, el delegante debería evitar la afectación de éste, lo que en muchos casos podría suponer que reasuma las funciones radicadas en

²⁵⁶ Contrario a la posibilidad de reconocer el principio de confianza a quienes cumplen funciones de vigilancia, se manifiesta CHOCLÁN: "...no puede regir en la medida en que el deber de cuidado está dirigido precisamente, a la vigilancia, control, o cuidado del comportamiento de otras personas", *Deber de cuidado*, p. 116

JAKOBS refiere un decaimiento del principio de confianza "cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros", *DP, PG*, p. 255, nro. 55.

En otro lugar este mismo autor expresa: "...todos pueden considerar como cuidadoso el comportamiento de los demás, en la medida en que no deban supervisarlo en virtud de deberes especiales, aunque sea ambivalente. Solo cuando la infracción de las reglas por parte del otro sujeto pasa a ser externamente cognoscible, cuando el otro desconoce las reglas de un modo cognoscible o cuando el otro se halla dispensado de un modo socialmente adecuado del cuidado habitual (curiosos de una verbena, participantes en un acto de carnaval) decae la base de la confianza", "El delito imprudente", p. 177.

Ahora bien, la existencia de un deber de vigilar no necesariamente tiene que equivaler a deber de compensar las prestaciones erróneas de otros.

principio en cabeza suya²⁵⁷. Sin embargo, el alcance de los deberes de vigilancia depende de la autorización que el ordenamiento brinde a la delegación, del nivel de competencia del delegado, de la entidad de los riesgos que de la tarea delegada se pudieran derivar para el bien jurídico, de la especificidad de las órdenes emitidas, etc.²⁵⁸.

Por lo pronto, cuando la delegación obedece a un acto de voluntad del titular de la función, la realización de la tarea implica un deber de cuidado relacionado con la constatación de las capacidades de la persona en quien se delega para cumplir la labor²⁵⁹; de manera que una delegación en quien carece de la idoneidad suficiente para desempeñar la función objeto de aquélla permite atribuir imprudencia tanto a quien delega, como a quien, pese a carecer de las capacidades personales necesarias para el manejo de la situación de riesgo, acepta el encargo, determinando con ello la afectación del bien jurídico.

²⁵⁷ Sobre esta cuestión expresa SILVA: “En realidad, partiendo de que la delegación convierte al delegado en protagonista fundamental del hecho, el delegante *sí retiene competencias*, que pueden incidir en una atribución de responsabilidad al mismo en el caso de que se produzca un hecho penalmente relevante. En particular, conserva la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados; etcétera. Ahora bien, conviene subrayar que, en general, de tales competencias y su defectuosa ejecución no cabe desprender, en el caso de que se produzca un hecho delictivo, una responsabilidad a título de autor, sino únicamente a título de partícipe. Así, ejecutado el hecho activamente por un inferior jerárquico (un empleado subordinado), el delegado, que ha asumido la función de control directo de los riesgos derivados de tal actuación, si -pudiendo y debiendo en atención a su competencia- no lo evita, podrá ser estimado *autor en comisión por omisión*. En cambio, el delegante, que eventualmente infringiera su deber de supervisión, y consiguientemente no instara al delegado a ejercer tal control, solamente podrá ser estimado *partícipe en comisión por omisión* (pues su conducta no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor)”, “La autoría delictiva en estructuras organizadas”, p. 19.

²⁵⁸ La STS de 14 de diciembre de 1978, Mg, DÍAZ P., analiza la responsabilidad de un practicante titulado a quien se ordenó aplicar un antibiótico a un paciente, ordenándole realizar una prueba de alergia. La no detección de los efectos que el medicamento habría de surtir sobre el paciente dio lugar a un shock anafiláctico y a la muerte de éste. La argumentación de la sentencia deja claro que la responsabilidad debe predicarse en exclusiva del practicante.

²⁵⁹ La alusión a una culpa *in eligendo* o *in vigilando* de clara estirpe civil no ha sido ajena a la Sala Segunda del TS español, aunque no el contexto de la delegación de funciones propias. De hecho se planteó en el caso de olvido de un cuerpo extraño en el paciente, en una sentencia en que se atribuyó tal función al personal auxiliar, STS de 16 de enero de 1961, Mg. GARCÍA G.

En lo que atañe a la distribución de funciones en el régimen de trabajo en equipo, goza de general aceptación la propuesta de clasificar el reparto de funciones en horizontal (cuando las relaciones de los cointervinientes son simplemente de coordinación), o vertical (cuando existen relaciones de jerarquía o dependencia). La principal pregunta a este respecto es la de si unas y otras implican o imponen deberes de vigilancia.

Pareciera que en el reparto horizontal de funciones no existe deber de vigilancia; pues las labores, aunque coordinadas, se ejercen de manera independiente y en principio solo requerirían que en el momento en que la coordinación del trabajo lo requiera, se realice la propia actuación²⁶⁰; pero ello no parece satisfactorio, si se parte de la base de que la percepción de la infracción del deber de cuidado por uno de los cointervinientes, obliga a elevar el nivel del cuidado propio, lo que podría implicar hasta la suspensión de la ejecución de la actuación peligrosa²⁶¹, sobre todo en momentos en que incluso la actuación “no descuidada” del tercero, es decir, la que sería adecuada en caso de que no se hubiera dado la imprudencia del otro sujeto, contribuya a incrementar un riesgo ya desestabilizado por el primer actor.

Y, por el contrario, aunque el reparto vertical de funciones pareciera sugerir la existencia de un deber constante de vigilancia de los subordinados por parte de quienes ocupan las funciones de dirección y coordinación, no puede decirse que la existencia de una división vertical de funciones implique el deber de vigilancia constante de la actuación de los subordinados, hasta convertir a los superiores en responsables por las fallas en que éstos

²⁶⁰ La jurisprudencia permite constatar la existencia de pronunciamientos diversos en lo atinente a la relación entre cirujanos y anestesiólogos. Así por ejemplo, la STS de 5 de febrero de 1990, Mg. CARRERO R., califica al cirujano de “director técnico de la operación”, lo que no obsta a que “el anestesista en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad”; en tanto que la STS de 7 de diciembre de 1993, Mg. MONTERO F., en la que se estudia el recurso de casación interpuesto por el anestesiólogo que abandonó el quirófano, lo trata de “garante del riesgo”

²⁶¹ Con frecuencia la jurisprudencia del TS ha analizado la responsabilidad de anestesiólogos que atienden varios procedimientos quirúrgicos al tiempo, lo que inevitablemente comporta la desatención de alguno de los pacientes. Su enjuiciamiento ha sido muy severo con los anestesiólogos, pero también con los cirujanos que han permitido dicha situación. Así por ejemplo, la STS de 11 de octubre de 1979, Mg. GÓMEZ DE LIAÑO, refiriéndose al deber de vigilancia del cirujano señala que éste no estaba exonerado de él “por la existencia de un anestesista, que es al que incumbía estar pendiente de la sintomatología que presentó la enferma...pues el procesado...debió tener presente que el anestesista atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos, aunque contiguos”. En sentido similar, la STS de 7 de julio de 1993, Mg. MOYNA.

podrían incurrir²⁶². Si ello fuera así, se produciría la desatención de las demás funciones propias, en aras de vigilar las actuaciones y las prestaciones de los demás.

Reparto vertical de funciones no significa entonces, ausencia de espacios competenciales propios de los distintos intervinientes en la situación de riesgo; lo que supone, y más en actividades como la quirúrgica, es que quien ocupa los niveles superiores de la organización ejerce una posición de coordinación respecto a los demás, e incluso una potestad ordenadora de sus actuaciones, que puede imponerle implementar rutinas de control respecto a la actividad de los “subordinados”, pero en ningún caso implicará que se obre de forma imprudente cuando alguno de quienes ocupan los niveles inferiores de la organización genere un riesgo desaprobado.

Así las cosas, como existen ámbitos competenciales propios, no es al cirujano, por ejemplo, a quien le corresponde el conteo del instrumental quirúrgico después del procedimiento; pues él no responde por los efectos lesivos del olvido de ese material en el interior del organismo del paciente. Es posible sí que se le pueda imputar imprudencia, junto a los encargados del conteo, si omitió la medida de control que debía integrar a su rutina de indagar a los inferiores por la realización del conteo.

Finalmente, cabe señalar que en general se acepta que el principio de confianza no opera respecto de personas que no tienen la capacidad de atender al contenido de la norma, o de observar el cuidado debido en las situaciones de posible generación de riesgos antijurídicos²⁶³.

iv) El hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor

El del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor es un criterio utilizado por la doctrina en dos sentidos distintos. De un lado, al entender que el carácter imprudente de una determinada actuación depende de su congruencia con un modelo de actuación, el *homúnculo* que con la ayuda de este criterio se construya sería el modelo de

²⁶² Sobre el sentido del reparto de funciones señala ROMEO: “El sentido de la distribución del trabajo radica, no ya en liberar al médico de ocupaciones no exigibles a él, sino en dispensarle del cumplimiento cualificado de sus funciones específicas”, *El médico y el DP*, p. 249.

²⁶³ ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 1005 (nro. 23), CHOCLÁN, *Deber de cuidado*, pp. 117, 118.

actuación al que se atribuirían los caracteres que el ciudadano hubiera debido observar en el caso concreto, respecto del cual, los demás criterios expuestos (normas de control de riesgos, *lex artis*, etc.) tendrían un papel apenas auxiliar.

De otro lado, y dado que a los criterios expuestos antes se les ha atribuido un carácter indiciario, el del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor serviría para corregir los resultados insatisfactorios de la aplicación sin mediaciones normativas de los demás criterios²⁶⁴. Este permite explicar por qué en algún caso podría ser imprudente el comportamiento de quien ha observado los preceptos de la *lex artis*, o de la normativa administrativa de control de riesgos, o no serlo el de quien los infringe. Por ende, pese a las múltiples reservas que la doctrina suele expresar hacia este criterio, ya sea que se le dé la denominación aquí propuesta u otra distinta, lo cierto es que el empleo de los criterios ya señalados, demanda la referida corrección normativa, que torne compatible el sentido de operancia de los distintos criterios con el de la intervención del derecho penal, lo que trasciende el sentido del fin de protección de la norma (utilizado en el ámbito de la atribución del resultado a la actuación de riesgo) a que se aludirá en el apartado II.A.2.a.iv. Por estas razones, este criterio conserva su utilidad y su sentido. Además, en el caso de que los demás criterios auxiliares no establezcan pautas de actuación a observar en la situación concreta, éste que se analiza ayudaría a precisar las pautas de actuación aplicables por el juez²⁶⁵.

En razón de esta última consideración, este criterio es reconocido por la doctrina, incluso por la más crítica con el concepto de infracción del deber de cuidado. Lo que pasa es que a diferencia del primer planteamiento que hace de él el factor determinante de la imprudencia, las teorías recientes apenas lo consideran un criterio supletorio, llamado a operar en caso de que los mencionados en precedencia no ofrezcan una respuesta a la cuestión.

Aunque fueron varias las tentativas de modelar las características que habría de ostentar ese patrón de comparación, podrían destacarse dos modelos básicos: el del 'hombre

²⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, RUEDA MARTÍN, al señalar que para determinar el deber de cuidado en el ámbito objeto de análisis, la *lex artis* opera en situaciones típicas, en tanto que en las atípicas el deber de cuidado habrá de determinarse mediante el recurso al modelo de una “persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social”, “La concreción del deber objetivo de cuidado”, pp. 330, 331

²⁶⁵ Que es el contexto en que por ejemplo GIL GIL, emplea este criterio: “La figura del modelo es la expresión del resultado de la ponderación del ordenamiento en aquéllos casos en que la misma no se encuentra recogida de manera expresa en normas penales, o extrapenales, regulaciones, etc.”, *El delito imprudente*, p. 280.

medio' en abstracto (comparable al buen padre familia, de clara raigambre civilista), o el del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor.

El primero de ellos, pese a su alto grado de abstracción, todavía es empleado por la doctrina. Así, por ejemplo, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, retomando los planteamientos de WELZEL, afirma que el cuidado objetivo, como criterio delimitador del injusto imprudente

“es aquel que hubiera empleado el “hombre prudente”, impregnado con un importante componente de previsibilidad y evitabilidad objetivas, a juicio de un observador imparcial que contase con los conocimientos del autor, baremo coincidente con la exigencia del art. 276 del BGB”²⁶⁶.

A esta postura se le critica porque

“deriva directamente el criterio de juicio sobre la infracción del deber de conducta de la realidad social sin intermediaciones normativas de ningún tipo. De acuerdo con esta visión, el Ordenamiento jurídico recogería la realidad -en este caso los hábitos sociales- de forma inmediata sin entrar a regularla en el sentido material del término ... sino tan solo dotándola de fuerza vinculante normativa”²⁶⁷.

También, se le cuestionó el no suministrar pautas satisfactorias de concreción de la actitud cuidadosa y prudente a asumir en la ejecución del comportamiento²⁶⁸ dado que el del hombre medio es un referente bastante abstracto a los efectos buscados con el empleo de

²⁶⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, pp. 172-173. En sentido similar, entre otros, MIR, *DP*, *PG.*, 8 ed., Lecc. 11, num 35, p. 291; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 388; SUÁREZ MONTES, Comentario al art. 5, en *Comentarios al CP*, T I, p. 178; VELÁSQUEZ, quien entiende que el del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor es un criterio equivalente al del buen padre de familia, *DP*, *PG*, 4 ed., p. 685.

²⁶⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, pp. 315-316.

²⁶⁸ ““Hombre cuidadoso” no es más que aquél que cumple con la diligencia debida. ¿Y cuál es dicha diligencia? De nuevo, con esta formulación, el problema se difiere hacia otra ulterior fase de concreción del deber”, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 333.

Este autor diferencia entre un modelo de hombre medio de raigambre sociológica, y un modelo de “hombre medio ideal de carácter jurídico”, ineficaces ambos en su sentir para la determinación de lo que él llama el deber de conducta.

dicho concepto²⁶⁹. Ello hace que aun con sus relativos problemas de falta de concreción, sea preferible la teoría que propone el criterio del hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor.

Entre las ventajas de este último modelo está el partir de un referente más concreto, lo que facilita la labor del juez y del intérprete, pues resulta mucho más razonable establecer el rasero de determinación del carácter cuidadoso de la actuación, atendido el ámbito en el que se desarrolla la actividad a enjuiciar²⁷⁰, que al que pudiera ser el comportamiento de un hombre medio ideal, desligado de alguna actividad específica.

En efecto, para la protección de bienes jurídicos el Derecho penal no exige un comportamiento cuidadoso en abstracto, sino en la ejecución de ciertas actividades y en el manejo de determinadas fuentes de peligro (las mismas que permiten una determinada configuración de la vida en sociedad)²⁷¹. La exigencia de cuidado se relaciona con la ejecución de comportamientos concretos y no con una abstracta conducción prudente de la vida.

²⁶⁹ “El hombre *medio, razonable, normal*, o sea el *buen padre de familia*, es una construcción artificial que no existe en la realidad, pues es inconcebible un patrón derivado de un imaginario *humano prudente* que sea profesional de todas las artes y las ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes. Se trata de una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad”, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., p. 557, cursiva en el original.

²⁷⁰ A este respecto señala ARROYO ZAPATERO: “El grado de diligencia exigible es determinado generalmente con base a la medida del que es propio de una persona diligente del círculo de actividad a que pertenece el agente”, *Manual de Dp del trabajo*, p. 81; en sentido similar, refiriendo la función de las reglamentaciones administrativas y la *lex artis* en la determinación de la infracción del deber de cuidado, afirma CEREZO: “En las actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, es preciso determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social”, *Curso*, II, 6 ed., p. 169.

²⁷¹ PAREDES CASTAÑÓN destaca una ventaja del modelo de concreción del cuidado debido según la posición ocupada en el tráfico jurídico, consistente en “acoger una *interpretación de los tipos penales dinámica y atenta a la realidad social*”, *Riesgo permitido*, p. 345. Cursiva en el texto.

Como sugiere PAREDES CASTAÑÓN “para cada posición jurídica existe un determinado grado de diligencia que el sujeto ha de ejercitar en el cumplimiento de dicho deber”²⁷² (refiriéndose al que denomina deber de conducta).

De manera que el deber de cuidado se determinará en consonancia con los requerimientos de cuidado de la actuación desplegada, y no con unas exigencias indeterminadas supuestas en un individuo al que se pudieran atribuir condiciones tan genéricas como las de buen ciudadano, buen padre de familia, o simplemente las de ciudadano medio²⁷³.

Ello implica que la comparación habrá de realizarse, en principio, desde un ámbito situacional específico tomando como baremo a un sujeto que lícitamente pudiera realizar la actividad (por estar facultado para ello por el ordenamiento jurídico) y que la lleve a cabo de manera idónea en relación con lo que le exige el ordenamiento jurídico respecto al control de los riesgos de dicho comportamiento²⁷⁴.

²⁷² PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 342.

²⁷³ En sentido similar, Armin KAUFMANN, quien destaca la situación de constante conflicto de intereses que se presenta en los casos en que se debe decidir si se infringió el deber de cuidado, lo que lo lleva a rechazar el recurso a un hombre medio abstracto, y a avalar el empleo por la jurisprudencia de “un agente “modelo”, “rector”, conforme a cuyas experiencias, aptitudes y apreciaciones es valorada la objetividad de la conducta. Él es extraído del ámbito de la acción y de la vida, que, en todo caso, es de lo que se trata. Quien cubre de tejas el techo es enjuiciado en la medida del tejador, experimentado y escrupuloso, aun cuando él sea el conserje. Lo mismo vale para el chofer experimentado, para la diligente y ordenada ama de casa, para el cuidado del capataz de minas, e incluso también para el cuidado del ciudadano, sin más ni más, cuidadoso y entendido, en tanto que cada quien, por así decirlo, sea competente, para su acción”, “El delito culposos”, p. 481.

²⁷⁴ Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 13 de noviembre de 1992 (Mg. DELGADO), referida a un médico rural que trató a un paciente hasta que aparecieron signos de complicación por una gangrena: “Y esto es lo que ha de hacerse cuando de actuaciones médicas se trata, examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que ésta se realizó, etc. Todo ello a fin de poder comparar el comportamiento del caso concreto con aquel que ordinariamente observa la clase médica en las mismas o similares circunstancias, para afirmar que hubo imprudencia punible cuando el obrar del acusado no se ajustó al módulo así obtenido”. Ello le llevó a concluir, para fundamentar la absolución, que “la conducta del acusado se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola”.

Ahora bien, los requisitos y condiciones que ha de reunir el modelo de actuación, y en particular la profesionalidad o no en el obrar, guardan relación con la posibilidad de que de la actividad de que se trate pueda ser desplegada lícitamente, con o sin una habilitación específica.

Ello resulta importante a dos efectos distintos. El primero, consiste en que si la actividad de riesgo requiere de un título habilitante, que acredite la idoneidad en el manejo de los riesgos asociados a ella, el que una persona sin habilitación emprenda la actuación de riesgo constituye un factor indicador de ilicitud, en virtud de la denominada culpa por asunción (cfr. II.A.1.d.v.c'). El segundo, es el papel general de configuración del baremo de valoración de la licitud: será ilícita la actuación de quien no se comporte como lo habría hecho un profesional.

Respecto a la denominada imprudencia por asunción, la ejecución de la actividad de riesgo por una persona que carezca del título de idoneidad, permitirá considerar desaprobado el riesgo asociado a la actuación solo si el sentido de la restricción de los posibles ejecutores de la conducta es la protección del bien jurídico, o es una medida idónea para ello.

Así por ejemplo, si un médico general que por muchos años ha trabajado en un servicio de obstetricia, atiende un parto en el transcurso del cual se presenta alguna complicación que desemboca en la producción de graves lesiones a la criatura, pero se demuestra que el parto fue atendido de la manera como lo hubiera hecho un médico con título de especialista, y que en consecuencia, la posesión o no del título no guarda relación con lo acaecido, no habrá lugar desvalorar el riesgo derivado de su actuación²⁷⁵.

La situación inversa, es decir, la de aquel que aun en posesión de un título de idoneidad no realiza el comportamiento que se espera de un profesional idóneo y competente,

²⁷⁵ En sentido similar, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, “*Las violaciones reglamentarias son indicios de violación del deber de cuidado*”, y siempre a condición de que se hallen vigentes, lo que *no es una cuestión formal sino material* (un límite de velocidad establecido reglamentariamente no estaría vigente si la misma autoridad regulara la señalización luminosa para circular a una velocidad superior). Igual criterio se impone si la reglamentación ha sido superada por la técnica que evita el peligro de modo más eficaz y, por supuesto, en los casos en que la violación reglamentaria no tiene relación alguna con el resultado producido: el que conduce con licencia vencida, pero su vista y oído son normales y su pericia no está disminuida, no viola ningún deber de cuidado”, *DP, PG*, 2 ed., pp. 556-557, cursiva en el original.

debe analizarse también desde la óptica de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados: si el profesional, que acredita un título académico que permite considerarlo idóneo, no actúa sin embargo con la precaución que hubiera observado el profesional medio en la atención de un paciente, su comportamiento ha de considerarse imprudente.

También resulta problemática la situación que se presenta en espacios donde pueden concurrir profesionales y personas sin esa calificación (como el tráfico automotor). En ese caso pareciera adecuado exigir un comportamiento que reúna las condiciones mínimas que se exigen a quien lícitamente pueda desplegar la actividad.

La diferencia de ámbitos situacionales en los que se actúa y la exigencia en algunos de ellos de niveles de profesionalidad que no concurren en otros, ha dado lugar a planteamientos diferenciadores respecto al cuidado debido según las exigencias de cada uno de ellos. Una propuesta en ese sentido, aunque relacionada en principio con el problema de los conocimientos y habilidades especiales, ha efectuado WOLTER, para quien se debe determinar el deber de cuidado de acuerdo con un nivel mayor de conocimientos o habilidades en función de la eventual exigencia de capacidades profesionales o no para la ejecución de la actividad de que se trate.

Cabe distinguir así²⁷⁶ entre sectores en los que bastan capacidades especiales no profesionales (como la conducción privada de vehículos) y sectores de actividad profesional, como el ejercicio de la medicina (dentro de los que, a la luz de la cuestión que pretende desarrollar, se diferenciaría la posesión de capacidades estandarizadas o no estandarizadas). Este planteamiento puede resultar útil en la configuración del modelo de actuación con el que se ha de comparar la actuación por cuya ilicitud se indague, pero no modifica en lo básico las reglas generales: el deber de actuación se establece atendiendo al nivel de exigencia y de posesión de habilidades y de conocimientos que el ordenamiento jurídico presuponga para la realización lícita de la actuación. Al efecto se tiene en cuenta que, en principio, la exigencia de profesionalidad limitará la posibilidad de ejecución lícita de la actuación riesgosa al círculo de personas que posean la correspondiente calificación, y en los espacios en los que puedan concurrir no profesionales, elevará los niveles de cuidado exigidos para quienes sí lo son.

²⁷⁶ Según análisis que de sus planteamientos hace CORCOY, *Delito imprudente*, p. 144.

d. Factores relevantes para la graduación del deber de cuidado en el caso concreto

Según se ha señalado hasta el momento, la norma de cuidado impone adoptar las medidas de precaución adecuadas para que el riesgo que se genera con la actuación no se torne en jurídicamente desaprobada, para lo cual se tiene en cuenta un modelo de actuación que será determinado con la ayuda de las disposiciones reglamentarias, la *lex artis*, el principio de confianza, etc., cuyos resultados podrán ser corregidos mediante la comparación con la conducta esperada de un sujeto medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor.

Esta apreciación, correcta como principio de indagación, requiere, sin embargo, de ulteriores criterios que ayuden a su complementación, pues el cuidado debido en la correspondiente situación no solo es relativo, por depender del contexto situacional en el que la actuación es realizada, sino que además tiene un carácter mensurable²⁷⁷ y dinámico, por lo que la variación en las condiciones de aparición del riesgo puede obligar a adecuar las medidas de cuidado necesarias para la neutralización o disminución de aquél hasta el umbral de lo permitido.

Ese carácter mensurable y variable del cuidado es lo que permite entender que si en determinada circunstancia se realizó un comportamiento con un grado de cuidado equivalente a una magnitud x , la conducta en la que se haya observado tal grado de cuidado puede ser considerada imprudente frente a otra ejecutada con un grado de cuidado $x+1$ exigido para la situación concreta; la primera de ellas es imprudente, por más que se haya observado algún grado de cuidado.

²⁷⁷ Ello es lo que da lugar a que algunos ordenamientos jurídicos dispensen, desde la legislación misma un diverso tratamiento a las distintas formas de imprudencia, como sucede con el ordenamiento jurídico español en el que de la graduación de la imprudencia depende la configuración de un delito o de una falta.

Sobre el carácter mensurable de la imprudencia, la STS de 14 de febrero de 1987, Mg. RODRÍGUEZ L., efectúa una diferenciación entre dos aspectos que según se considerará aquí, difícilmente se pueden distinguir: “*El elemento normativo del deber de cuidado, impuesto ya por leyes o reglamentos, ya por normas sociales de común experiencia, no se presta normalmente para hacer graduaciones: las normas se cumplen o no se cumplen; sin embargo, se trata de deberes de cuidado específicos de determinadas actividades o profesiones, podría afirmarse que a mayor deber, o más deberes, corresponde mayor imprudencia, hay un plus de reprochabilidad que hace, que actos irreprochables para unas personas sean imprudentes, leves o graves, para otras. Por el contrario, si permite graduación el elemento subjetivo*”.

Esta necesidad de concreción del cuidado debido obliga, entonces, a considerar las distintas circunstancias que configuran el contexto en que es realizado el hecho²⁷⁸. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN considera que los factores objeto de análisis en la determinación de lo que en el caso concreto resulta relevante a efectos de la valoración del riesgo son dos:

“No perdamos de vista, sin embargo, en ningún momento a qué nos referimos cuando aludimos al ‘caso concreto’. En principio, parece que tan solo podemos referirnos con ello a dos factores del mismo: a las condiciones personales del sujeto (que pueden ser inferiores a lo normal, de modo que condicionen de modo desfavorable la capacidad concreta de actuación del sujeto) o al momento temporal en el que la exigencia del cumplimiento del deber de conducta surge (que puede, por circunstancias diversas, limitar también la capacidad concreta de actuación del sujeto)”²⁷⁹.

Sin embargo, como se pone de presente a continuación, la doctrina y la jurisprudencia entienden, con razón, que otros factores son relevantes para concretar el deber de cuidado. A ellos se hará referencia a continuación; no sin antes aludir a una STS, la de 22 de abril de 1988 (Mg. VIVAS), en la que el tribunal de casación hace un análisis tanto de la peligrosidad de la actuación médica, y de la quirúrgica en concreto, como de los factores de riesgo concurrentes en ella:

“Es notorio que toda intervención quirúrgica, especialmente si se efectúa bajo los efectos de anestesia general, implica graves riesgos que, la Medicina y Cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar, dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones, sucedidos, en ocasiones, durante el curso de las mismas, obedeciendo a accidentes o

²⁷⁸ “El deber de cuidado ha de ser establecido primero, y medido después, en función de todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta, para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita, etc. Es por ello por lo que cuando se trata de actividades profesionales se hace con referencia a la “lex artis” como modelo de cumplimiento ordinario o regular y a la impericia como incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte de que se trate, expresiones que incluyen dentro del ámbito en el que este recurso se mueve, el diagnóstico médico gravemente equivocado, la omisión de determinadas cautelas facultativas o la defectuosa ejecución de un acto de naturaleza médica”, STS 5 de mayo de 1989, Mg. RUIZ V.

²⁷⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 278, nota 81.

complicaciones tales como hemorragias incoercibles, paros cardíacos, colapsos y otros, y en otras, durante el tracto postoperatorio como lo son, la embolia postquirúrgica, la neumonía hospitalaria, la caída vertiginosa de la tensión arterial, las hemorragias u otros accidentes. Por ello los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y emplear el instrumental, de todas clases, adecuado que se halle en condiciones óptimas de funcionamiento, preludiando, la intervención con los indispensables análisis, radiografías y electrocardiogramas, tendentes a conocer el verdadero estado del paciente y a eliminar o, al menos disminuir las probabilidades de fracaso y de que se produzca un resultado letal. Siendo, asimismo notorio que, en las operaciones efectuadas a “vida o muerte”, es decir, en aquéllas motivadas por dolencias agudas o por graves dolencias o traumatismos, podrá ser disculpable no solo la falta de éxito de una intervención que constituye remedio postrero y urgente, sino la adopción de muchas de las cautelas que se toman en una operación que no urgen, que obedecen a defectos físicos o a dolencias crónicas, pudiendo, el enfermo, sobrevivir sin necesidad de que actúe la cirugía, caso que fue el de autos”.

Esta extensa cita ayuda a precisar algunos de los factores que se suelen destacar como relevantes para la graduación de la infracción del deber de cuidado; los más relevantes son los siguientes.

i) Entidad del bien jurídico en riesgo

Un factor fundamental para graduar el deber de cuidado en la situación concreta es el bien jurídico que pudiera verse expuesto a la situación de riesgo (desde la pluralidad de perspectiva *ex ante*), con la realización del comportamiento a enjuiciar. Si el deber de cuidado exige la observancia del cuidado necesario para evitar la creación de un peligro desaprobado para el bien jurídico, mientras mayor sea la importancia del bien expuesto al riesgo, mayor debe ser el cuidado a observar en la situación correspondiente²⁸⁰.

²⁸⁰ En este sentido, MIR PUIG: “por mi parte, creo que, ciertamente la causación del resultado *no* aumenta la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Eso no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiera... *En suma*: la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión”, *DP, PG*, 8 ed., Lecc 11, num 51, p. 295. Coincide en que la producción del resultado no incide en la gravedad del delito imprudente, RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, pp. 251 y ss.

Por ende, no es idéntica la exigencia de atención y cuidado si con la realización del comportamiento, se ven en peligro la vida o la integridad personal, que si la ejecución descuidada de la actuación *ex ante* solo compromete, por ejemplo, el patrimonio.

La consagración en el art. 621 nral 6 CP español de una falta de homicidio causado por imprudencia leve, no contradice lo dicho, pero sí obliga a una interpretación restrictiva: existirá falta cuando se produzca un alejamiento mínimo del deber de cuidado que imponía la posible afectación de un bien jurídico tan importante como la vida²⁸¹; por el contrario, habrá delito, en casos de grave compromiso para la vida sin que se desplieguen las medidas que la gravedad del caso aconsejaría, y en ese sentido se ha pronunciado el TS en casos de imputación de imprudencia temeraria²⁸².

En una STS de 3 de octubre de 1981 (Mg. GÓMEZ DE LIAÑO) en la que se efectúa una valoración global de la medicina como actividad de riesgo para la vida el TS se expresó de la siguiente manera para justificar la condena en un caso de transfusión de sangre de un grupo incompatible con el del paciente:

²⁸¹ Sobre la distinción entre el homicidio y la falta de homicidio en el derecho español señala GRACIA MARTÍN que “La diferencia entre la imprudencia grave y la leve radica en la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y, por ello, en el plano de lo injusto”, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al CP, PE*, T. I, p. 150.

FEIJOO, señala que la consideración de una imprudencia como leve (que, considera, debería ser impune) puede obedecer a diversos factores: lo insignificante de la infracción de la norma de cuidado, o del resultado, o la excesiva exigibilidad en el cumplimiento de la norma, entendiendo que el factor determinante de dicha calificación es la magnitud de la infracción de la norma de cuidado; dicha exposición incluye referencias a una serie de SsTS en las que la jurisprudencia ha ofrecido criterios de diferenciación entre imprudencia grave y leve, “Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible”, nota 19, pp. 114 a 116.

RAMOS TAPIA considera que “la gravedad de la imprudencia está muy relacionada con lo evidente que para cualquier persona prudente que observara *ex ante* la situación hubiera aparecido la probabilidad del resultado...En todo caso debe evitarse relacionar la gravedad de la imprudencia con la gravedad del resultado”, “Tema 26”, pp. 547, 548

²⁸² Así por ejemplo, en STS de 16 de mayo de 1990 (Mg. Martín P.): “*con los datos que se desprenden se puede sustentar la tesis de la imprudencia temeraria ante la omisión de los cuidados que aconsejaban y exigían la gravedad intrínseca de la zona afectada por la puñalada y las complicaciones previsibles, adoptando una alternativa terapéutica altamente arriesgada al encomendar el cuidado del herido a unos parientes de avanzada edad en lugar de tomar la decisión más aconsejable de internarlo en un establecimiento sanitario*”

*“... la actividad médica en la que se pone en juego la vida humana con gran peligrosidad, el deber normativo de la convivencia social exige que en los medios utilizados se emplee toda clase de diligencia, ante la intensidad que presenta la posibilidad de un resultado”*²⁸³.

Cabe afirmar que procedimientos no urgentes, de los que no se derive algún compromiso especial para la vida, deberán desplegarse con todo cuidado a fin de minimizar los riesgos para este bien jurídico de los pacientes.

ii) Potencialidad lesiva de la conducta

La potencialidad lesiva del comportamiento también es un factor relevante a la hora de graduar el deber de cuidado que debe observarse en la situación concreta: a mayor potencialidad lesiva del comportamiento, habrá que adoptar medidas de seguridad más intensas, si se desea mantener la calificación de la conducta como cuidadosa²⁸⁴.

También deben extremarse las precauciones cuando desde un inicio la actuación se presenta como de muy alto riesgo. Ello significa, por ejemplo, que no pueden iniciarse con igual disponibilidad de recursos para atender una eventual complicación por pérdida de sangre, procedimientos que en condiciones normales implican un sangrado masivo, que otros en los que quepa esperar que la pérdida de sangre será mínima.

De igual manera, si un procedimiento médico es calificado como de muy bajo riesgo para la vida, pero en el transcurso del mismo se presentan complicaciones que comprometen este bien jurídico, a partir de su ocurrencia, no bastará desplegar simplemente las medidas ordinarias de cuidado para el procedimiento programado en un comienzo, sino que habrán de adoptarse nuevos medios para dominar la complicación presentada; por ende, y retomando el ejemplo anterior, si el procedimiento en el que en principio se preveía un bajo sangrado se complica y se produce una pérdida abundante de sangre, las nuevas condiciones demandarán adoptar correctivos acordes a la nueva situación.

²⁸³ La misma fórmula es empleada en la STS de 11 de junio de 1982, Mg. HUERTA

²⁸⁴ En este sentido, CHOCLÁN: “La necesidad de individualización del riesgo exige que ante riesgos elevados sean adoptadas también medidas extraordinarias en su evitación”, *Deber de cuidado*, p. 99; ROMEO, *El médico y el Dp.*, p. 238.

A los aspectos a que aquí se alude se refirió el TS español en la sentencia del caso de la colza, en los siguientes términos:

*“todo riesgo extraordinario ha de ser puesto bajo control con medidas también extraordinarias, complementando este criterio con la idea de que la entidad de las medidas de cuidado a adoptar, vendrían delimitadas por los riesgos que el consumidor estuviera dispuesto a asumir en una ponderación razonable”*²⁸⁵.

En el ámbito específico de que se ocupa este trabajo cabe mencionar la STS de 26 de febrero de 1966 (Mg. GARCÍA GÓMEZ), en un caso en el que se procesaba a un dependiente de farmacia que preparó una sustancia con una concentración mayor de la recetada, lo que causó la intoxicación de la paciente. La condena se impuso por imprudencia temeraria en consideración a la peligrosidad de la actuación para la vida:

*“...tanto los farmacéuticos como sus dependientes están obligados legal y moralmente a prestar atención suma y exquisito cuidado al expender toda clase de medicamentos recetados por los médicos, diligencia y precaución que han de extremar cuando se trate de medicinas que por su toxicidad pueden ser nocivas para la salud de los pacientes”*²⁸⁶.

²⁸⁵ Manifestó también el Tribunal Supremo que tratándose de aceite envenenado, debían agotarse las investigaciones y experimentaciones necesarias para descartar todo posible peligro derivado del origen del aceite, sin conformarse con simples análisis rutinarios. Referencias, en PAREDES CASTAÑÓN, *Límites a la responsabilidad penal*, p. 423, y CHOCLÁN, *Deber de cuidado*, p. 99.

ARROYO ZAPATERO refiere una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo español en el ámbito del derecho penal del trabajo, en el sentido de que: “el grado de aseguramiento de la ejecución y desarrollo del proceso de trabajo, el grado de vigilancia que ha de prestarse a las condiciones materiales de trabajo y a la conducta de las personas que en él intervienen, están en relación directa con el grado de peligro que presenta la empresa o el trabajo de que se trate dentro de ella, en el sentido de que a mayor riesgo corresponde mayor y más esmerado cuidado”, *Dp del trabajo*, p. 84.

²⁸⁶ La STS de 26 de febrero de 1990 (Mg. MARTÍN P.) se ocupa del caso de un médico de guardia que diagnostica un infarto agudo de miocardio que aconsejaba trasladar al paciente a una clínica, y solicitó para ello una ambulancia que sin embargo no llegó. Tras solicitar la ambulancia, el profesional abandonó el lugar donde se hallaba el paciente al parecer para atender a otro. Según la sentencia: “*El procesado, sin desencadenar la relación causal se encuentra ante una situación objetivamente grave originada por causas biológicas y, frente a la emergencia, no vuelca toda la atención y cuidado necesario para afrontar el peligro inmediato. El abandono*

iii) La disponibilidad de recursos

El deber de cuidado correspondiente a la situación concreta también puede verse determinado por la disponibilidad de recursos al alcance del profesional de la sanidad que esté a cargo de cada una de las fases del tratamiento del paciente.

En este sentido, es fundamental considerar que en la actuación médica se conjugan no solo la idoneidad del profesional en lo que atañe a sus conocimientos, y a su capacidad para el manejo de los recursos disponibles, sino también la disponibilidad misma de esos recursos²⁸⁷; ello significa, por ejemplo, que no tiene que ser sometido a similares baremos de comparación el tratamiento brindado por ejemplo por un médico del área rural, que después de contener un sangrado abundante se ve obligado a realizar una sutura que producirá una muy mala apariencia estética, que el brindado por un cirujano en un centro de alto nivel de complejidad que al suturar una herida similar procede no solo con una mayor disponibilidad de instrumental, sino además con la posibilidad de solicitar la intervención de otros especialistas que le ayuden, o se encarguen personalmente de realizar una sutura menos dañina de la armonía corporal.

Ello no significa entonces que cualquier tratamiento asumido en su integridad por quien carece de recursos idóneos, implique que la actuación sea acorde al cuidado debido. Siempre que en los eventos de incertidumbre acerca de la eficacia de los recursos que se están poniendo a disposición del paciente, exista la posibilidad de brindarle otros más idóneos, incluida la interconsulta o la remisión, deberá hacerse uso de ellos. Y con mayor razón deberán utilizarse esos mecanismos en los casos de insuficiencia o fracaso comprobados de los recursos que se vienen empleando. En esta línea, el TS ha enjuiciado con severidad el no

del paciente, justificado por la necesidad de atender a otras urgencias cuya naturaleza y circunstancias nunca se han llegado a especificar,..., aumenta indiscutiblemente el riesgo generado por la enfermedad". Llama la atención que no obstante esta fundamentación, por consideraciones relativas a la causalidad, se haya condenado por una falta de imprudencia.

²⁸⁷ En este sentido se pronuncia la STS de 13 de noviembre de 1992 (Mg. DELGADO): "Así pues ha de entenderse que la conducta del acusado se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola, que precisamente allí se encontraba –es de suponer– para atender, entre otras, al tipo de intervenciones quirúrgicas como la que tuvo lugar en la ocasión de autos".

poner a disposición del paciente los recursos que pudieran derivarse de la atención por un especialista²⁸⁸.

Y tampoco significa que la realización de un tratamiento inadecuado fruto de la escasez de medios, y en condiciones en las que no sea posible la interconsulta, deba considerarse cuidadoso. En estos casos podría invocarse más bien el estado de necesidad, consideración que obliga a diferenciar los eventos en los que podría invocarse la inexistencia de imprudencia de aquéllos en los cuales solo cabría el estado de necesidad.

No habrá imprudencia cuando se da a los recursos disponibles dentro del nivel de complejidad en el que se brinda la atención, un empleo acorde al que hubiera brindado cualquier otro profesional del mismo nivel de preparación en idénticas circunstancias, y que por ejemplo con los recursos disponibles no hubiera tenido en consideración la posibilidad de que los signos y síntomas del paciente se correspondieran con otra enfermedad de mayor

²⁸⁸ Así por ejemplo, la STS de 27 de noviembre de 2001, Mg. GRANADOS P., en la cual se analiza el caso de una paciente que en la mañana siguiente a la realización de una mamoplastia empieza a experimentar una opresión torácica, que deriva en disnea. Tras la orden de remitirla a una clínica con UCI, solo tres horas después llegó una ambulancia en la cual hacer el traslado, al finalizar el cual y ser recibida en la otra institución, la paciente presentó un paro cardiorrespiratorio. La sentencia analiza la responsabilidad de tres médicos tratantes y del Director del Hospital donde se realizó la cirugía, manifestando: *“hay tres facultativos y un DIRECCION000 de una Clínica que son conscientes de que una paciente se encuentra en grave estado, que su evolución va progresivamente deteriorándose, que la Clínica en la que trabajan como facultativos y como DIRECCIÓN000, respectivamente, no tiene los medios para atenderla, que el traslado a un Hospital que sí los tenga se hace necesario y urgente; no obstante ello, el traslado no se efectúa porque no existe una ambulancia disponible en determinada empresa de ambulancias, y los tres facultativos responsables de su salud como el DIRECCIÓN000 de la Clínica que estaba encargado de avisar a la ambulancia que se precisaba, no hacen nada, durante horas para que se haga efectivo el traslado requerido”* (la redacción ha sido tomada de la base de datos del TS, tal y como allí figura).

Previamente en STS de 24 de noviembre de 1997, Mg. MONTERO F., se responsabilizó a un anestesiólogo que *“tras la parada cardíaca, no procedió inmediatamente al traslado de la paciente a un centro de cuidados intensivos”*. La misma sentencia declara la responsabilidad del Director de la Clínica, que carecía de UCI, y porque no contaba con un *“equipo móvil de respiración asistida que permitiera una correcta oxigenación durante el traslado del enfermo para paliar los efectos de la anoxia, así como tampoco ambulancia propia y personal específico para traslados de dicha naturaleza”*. Esta última declaración resulta muy conflictiva, si no se analizan las condiciones en las que la autoridad administrativa permitió el funcionamiento de la institución, y que obligaría a desechar el fundamento transcrito de la condena en casos en que dicha autorización no obligara a contar con tales recursos.

gravedad, por lo que, como el médico que realizó la conducta enjuiciada tampoco efectuó la remisión correspondiente, u ordenó los exámenes adecuados para constatar un posible diagnóstico alternativo, ése sería un caso de error de diagnóstico jurídicamente irrelevante.

Así las cosas, el estado de necesidad quedará reservado para las hipótesis en las que el médico haga lo posible con los recursos disponibles, aunque resulte claro para un profesional del mismo ámbito de tráfico jurídico que en esas condiciones la actuación óptima, atípica por ende, hubiera sido una actuación diversa.

Como se refirió al aludir al error de diagnóstico, especial severidad ha tenido el TS en los casos en que no se emplean recursos disponibles, básicamente ayudas diagnósticas que habrían contribuido a establecer la condición real de los pacientes. En este sentido, la sentencia de 17 de julio de 1982, Mg. RODRÍGUEZ LÓPEZ expresa que:

“No es infrecuente que el Facultativo abuse o confíe en exceso en el llamado ojo clínico, que es un don intuitivo de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad, cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales (prescindir de análisis clínicos y reconocimientos radiológicos, etc.)”

El caso es interesante, pues a fin de detectar un posible cuerpo extraño en el organismo del paciente, el médico ordenó una placa de rayos X, que arrojó resultados negativos; sin embargo, se atribuye imprudencia, aunque lo incierto de los resultados de ese examen incidió, entre otros factores, en la graduación de la imprudencia:

“lo que la sentencia recurrida reprocha al recurrente es que, alertado por el diagnóstico provisional y probable de la pediatra de la Clínica de Mondragón de las manifestaciones de los padres de que la niña había tragado probablemente una alubia y de que el objeto es difícilmente detectable por radiografía, no hospitalizase a la paciente, para seguir la observación, sin tener en cuenta que si se equivocaba, creaba un grave riesgo, al dejar pasar horas decisivas para la fácil extracción. Por otra parte, es preciso reconocer que no omitió de manera total el deber de cuidado..., y si a esto se añade que el recurrente era un simple médico de guardia, no especialista, y su edad, 26 años es correcto afirmar la existencia de una simple imprudencia -...-,

*pero infringió una norma del Reglamento interno que lo obligaba a no tomar decisiones sin consultar con el especialista*²⁸⁹.

iv) ¿La calificación del sujeto activo como factor relevante para la graduación de la gravedad de la imprudencia? La imprudencia profesional

En vigencia de la legislación española derogada se discutió de manera intensa el alcance de una cláusula, recogida con un sentido distinto por la vigente, que preveía la agravación de la imprudencia profesional, cuyo tenor literal posibilitaba entender que la imprudencia cometida por un profesional en el ejercicio de la actividad que llevaba a calificarlo de tal, daría lugar a la automática agravación del hecho.

Sin embargo, la modificación en el régimen legal de esta circunstancia por la legislación vigente, en la que no se agravan las penas principales de prisión o de multa, pero sí da lugar a una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, arte u oficio (arts. 142,3; 146 párrafo segundo; 152,3; 158, párrafo segundo), no ha evitado la aparición de diversas posibilidades hermenéuticas respecto al alcance de las normas que la consagran.

Una primera posibilidad interpretativa considera que el incumplimiento de los deberes profesionales comporta una forma agravada de imprudencia. En consonancia con ello en un primer momento la jurisprudencia “aplicó con un claro automatismo el subtipo agravado

²⁸⁹ En sentido similar la STS de 31 de mayo de 1982 Mg. VIVAS, reprochaba a un médico que había diagnosticado una posible fractura de cráneo, no confirmada “*por unas radiografías de mala calidad*”, que se abstuviera “*de ordenar que se practicaran otras de mejor calidad*”.

La de 14 de febrero de 1987, Mg. RODRÍGUEZ L., a su vez, imputa una falta de imprudencia a un ATS que informado del agravamiento de un paciente anciano, hospitalizado desde varios días antes “*no llama al médico de guardia, pero sobre todo, ... no confirma visitando al enfermo personalmente, la alarma fundada o no de los familiares de aquél*”.

La STS de 1 de diciembre de 1989, Mg. MONER considera constitutivo de imprudencia el abandono del quirófano de un anestesiólogo durante un procedimiento que se realizaba con un equipo cuya alarma no funcionaba, y señala que ante esa dificultad debía extremar las precauciones: “*...sabor de la ausencia de alarma en los aparatos, y la ocultación del tubo nasotraqueal por los paños que lo recubrían, debió extremar las precauciones a fin de controlar el corazón de aquél, y al no hacerlo, ausentándose del quirófano, ..., no pudo detectar las posibles irregularidades que se presentaron*”.

introducido en el Código penal de 1944”²⁹⁰, haciendo que el hecho imprudente, cometido con imprudencia temeraria en virtud de la agravación, fuera siempre delito; sin embargo, dicha conclusión parecía insatisfactoria por la forma como expandía la responsabilidad, por lo que el Tribunal Supremo mismo se dio a la tarea de diferenciar los conceptos de “imprudencia profesional” e “imprudencia (común) del profesional”, asociando a la primera el incumplimiento de los deberes propios de la profesión, en tanto que la segunda tendría que ver con el incumplimiento de deberes generales de precaución en los que se incurriría en el desempeño de la actividad profesional, limitando la agravación a la primera de dichas hipótesis.

Sin embargo, según el sentir de un amplio sector de la doctrina esa conclusión seguía siendo insatisfactoria, pues no se entendía bien la razón de ser de la imposición de la medida de inhabilitación, ni se percibía la diferencia entre la imprudencia simple y la profesional, por lo que gran parte de los autores rechazó la conveniencia de dicha cláusula y de la agravación del hecho a que ella da lugar²⁹¹.

En vigencia del CP de 1995, algún autor ha entendido que la inhabilitación es una consecuencia jurídica orientada a la inocuización de un sujeto “peligroso”, lo que permitiría equipararla a una medida de seguridad²⁹², a pesar de que se le haya definido como una pena²⁹³.

²⁹⁰ JORGE BARREIRO, Alb. “La imprudencia profesional”, p. 253.

²⁹¹ En sentido, GARCÍA RIVAS: “la imprudencia profesional debe desaparecer porque carece de un perfil intrínseco que le distinga de la imprudencia común... El hecho de que la conducta del sujeto se desenvuelva en el ámbito de su profesión no supone un incremento de exigencia del ordenamiento respecto de su persona ni, por consiguiente, un más elevado grado de injusto en el comportamiento infractor. El dato de la actividad profesional servirá, tan solo, para configurar el deber de cuidado exigible en torno a la *lex artis ad hoc* que define la corrección del acto profesional en cuestión”, “La imprudencia “profesional”: una especie a extinguir”, pp. 384, 385. Crítica también con la categoría, GUIASOLA, *La imprudencia profesional*, pp. 29,30.

Parcialmente de acuerdo en lo que a la infracción de las reglas profesionales como factor constitutivo de la imprudencia respecta, AGUADO LÓPEZ, aunque considera, sin embargo, que no hay lugar a la diferenciación jurisprudencial entre imprudencia profesional y del profesional, considerando que debido a la regulación legal, y aunque no debiera ser así, ambas constituyen formas agravadas de imprudencia, “Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional”, p. 221

²⁹² En este sentido SILVA SÁNCHEZ: “En cualquier caso, y sobre todo, ahora con la previsión de la pena de inhabilitación, surge la duda de si lo decisivo en la imprudencia profesional es la mayor gravedad del hecho o

En vigencia de la nueva legislación, el TS ha entendido que dicha circunstancia supone

“un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la “lex artis” y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”²⁹⁴.

La razón de ser de la imposición de la inhabilitación en estos supuestos, debería asociarse más a la importancia de los bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos con la infracción de los preceptos de cuidado en el desarrollo de determinadas actividades o profesiones²⁹⁵, que del hecho mismo de que el obrar imprudente sea atribuible a quienes desempeñan ciertas actividades, por lo cual no parece que la profesionalidad del agente determine *per se* una mayor gravedad del hecho imprudente.

v) Las capacidades individuales. El problema de los conocimientos y capacidades especiales en la configuración del ilícito imprudente

Una cuestión que ha sido muy debatida en la doctrina, más que por su relevancia práctica, que en general se considera escasa²⁹⁶, por su influencia en la configuración del

simplemente la existencia de un foco específico de peligrosidad al que se pretende hacer frente mediante una intervención preventivo-especial inocuizadora. Dado que la “imprudencia profesional no determina ahora un incremento de la penalidad imponible de modo general, sino solo la imposición adicional de la pena de inhabilitación especial, podría haber alguna razón para entender lo segundo. Lo que, además, quizá podría tener algún efecto en la propia interpretación de la expresión: solo podría afirmarse la existencia de una imprudencia “profesional” cuando el hecho fuera revelador de una incapacidad técnica para el ejercicio de la propia profesión de que se trate”, *Medicinas alternativas*, p. 27.

²⁹³ Sobre el alcance de la pena de inhabilitación de médico especialista, STS de 15 de noviembre de 2001, Mg. SÁNCHEZ.

²⁹⁴ STS de 23 de octubre de 2001, Mg. JIMENEZ V.

²⁹⁵ Y por ello, la agravación se aplicó en un comienzo a conductores de vehículos, pues con su actividad ponían en riesgo la vida y a integridad física de otros intervinientes en el tráfico automotor, JORGE BARREIRO, Alb., “La imprudencia profesional”, p. 253.

²⁹⁶ Ello ha llevado por ejemplo a autores como HIRSCH, a señalar que “quienes de forma reticente se sitúan frente a la utilidad de la dogmática penal” con esta discusión “podrían sentirse recordados con la comparación

injusto²⁹⁷, es la atinente al papel de los conocimientos y habilidades especiales del actor; los cuales podrían ser superiores o inferiores a los presupuestados por el ordenamiento en relación con un hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor. Esta problemática constituye un importante banco de prueba para el concepto de injusto, lo que sugiere hacer un análisis del mismo en relación con la perspectiva más amplia que marca dicho concepto.

Para empezar, puede manifestarse que el baremo de actuación de conformidad con el cual se debe determinar la licitud o no de la actuación, puede construirse de manera intersubjetiva o individualizada, lo que admite grados. En procura de precisar la forma de determinar la ilicitud de la actuación, ZIELINSKI propone diferenciar tres modelos:

“1) un observador objetivo casi omnisciente, que cuenta con todos los conocimientos imaginables, respecto de la situación de apreciación; 2) un observador objetivo dotado de las capacidades intelectuales de un partícipe del tránsito cuidadoso, experimentado y escrupuloso; 3) un observador objetivo provisto del conocimiento y de las capacidades del autor”²⁹⁸.

El primero de tales modelos no resulta compatible con la función limitadora de la punibilidad que se deriva del principio de responsabilidad subjetiva, pues el ordenamiento jurídico no asume, para que el comportamiento se tenga por lícito, que el interviniente en el tráfico jurídico deba advertir cualquier efecto posible de la actuación que va a desplegar.

El segundo de los modelos, que es el que resulta más compatible con el juicio de previsibilidad desde la perspectiva *ex ante*, como fue entendido aquí, impone adoptar un baremo no individualizado de determinación de la cognoscibilidad del riesgo para determinar la significación intersubjetiva del hecho. La licitud o ilicitud dependen entonces de que el comportamiento del agente se ajuste a lo esperado por el ordenamiento de quien despliega un

del mero mover de un lado a otro los muebles, lo que en nada cambia en el volumen del mobiliario de la casa y solo constituye una cuestión de gusto”, “La polémica en torno de la acción”, p. 62. ZIELINSKI por su parte, señala que “la relevancia práctica de la disputa es ..., extremadamente pequeña”, *Dolo e imprudencia*, p. 112

²⁹⁷ JAKOBS habla de una cuestión “sin importancia práctica, pero de gran interés teórico”, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales...”, p. 214.

²⁹⁸ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, pp. 215, 216.

proceso de riesgo en determinado sector de tráfico jurídico, con independencia de sus características personales.

El tercer modelo se corresponde con lo planteado por las teorías individualizadoras según las cuales el deber de actuación debe concretarse en función de las posibilidades individuales de obrar cuidadosamente. En lo que a la previsibilidad respecta, ello implica atender a la capacidad individual del sujeto de advertir los riesgos de la actuación que va a desplegar y no a un baremo normativo de actuación que se elabore normativamente.

Las exigencias derivadas de los principios de responsabilidad subjetiva y de protección de bienes jurídicos, ofrecen un criterio razonable para valorar dichos modelos.

Del primero de tales principios se deriva que para hacer responsable penalmente a una persona, es necesario que ella debiera advertir las implicaciones de su actuación y el entorno circunstancial en que la realiza, aunque no lo haya hecho, imponiéndose así unos deberes de actuación a quien vaya a emprender una actuación riesgosa; y permite exigir también a quien carezca de las aptitudes necesarias para el control del riesgo correspondiente, que se abstenga de desplegarlo. Ello explica, por ejemplo, la punibilidad de la imprudencia inconsciente (cfr. II.,B.,1.).

Las necesidades de una adecuada protección de los bienes jurídicos permiten, a su vez, que el mensaje dirigido por la norma a los ciudadanos para que se abstengan de crear riesgos antijurídicos, opere con independencia de la capacidad o disposición circunstanciales del sujeto para aprehenderlo o para mantener los riesgos bajo control; es decir, la licitud o ilicitud dependen de que en la actuación se observen o no las exigencias del ordenamiento jurídico, sin que ello comporte una infracción de las garantías ciudadanas derivadas del primero de los principios mencionados.

Sobre esta base, podrá calificarse de ilícita la actuación de quien no advierte el riesgo derivado de su actuación o no despliega las maniobras necesarias para controlarlo. Ello sería consecuente con la comprensión del injusto como un acto que, según criterios intersubjetivos de valoración²⁹⁹, contraría el ordenamiento jurídico.

²⁹⁹ Así, por ejemplo, ROXIN, *DP, PG*, T. I., Prg. 7, nros. 4 y ss, pp. 194-195.

La determinación del injusto según el criterio de un hombre omnisciente, transgrede las exigencias del principio de responsabilidad subjetiva; y el del modelo construido según las capacidades del actor para neutralizar los riesgos resulta incongruente con el concepto de injusto como acto contrario a unas reglas intersubjetivas de valoración, y en cuya virtud se puede entender que para una concepción de injusto personal, el contenido de la antijuridicidad

“es *mixto*, compuesto de elementos objetivos -externos- y subjetivos -internos o anímicos-, su carácter es el de un juicio *objetivo*, ahora en el sentido de *general*: se trata de una valoración negativa y consiguiente prohibición de esa conducta de modo general, frente a todos, con independencia de la capacidad y condiciones del sujeto individual. Eso la diferencia de la culpabilidad como responsabilidad individual o falta de ella respecto de una conducta desvalorada y prohibida de modo objetivo-general”³⁰⁰.

El segundo de los baremos propuesto por ZIELINSKI es el compatible con el concepto de injusto aquí asumido; sin embargo debe recordarse que en virtud de una de las implicaciones de la perspectiva *ex ante*, un modelo normativo de determinación de lo ilícito no renuncia a incluir los conocimientos especiales del sujeto, superiores a los del hombre medio, en la concreción de lo ilícito. Por ello, el modelo normativo es en realidad un modelo mixto, intersubjetivo en cuanto al mínimo de conocimientos, e individualizado en lo atinente a los efectos de los conocimientos superiores a los medios.

Ahora bien, la concurrencia de un conocimiento efectivo sobre el entorno de riesgo, añade un *plus* a la ilicitud, que puede tornar dolosa la actuación³⁰¹, incrementando el grado del ilícito; pero incluso, sin ese *plus* el obrar será ilícito si se dan los requisitos que determinan la desaprobación jurídica del riesgo.

³⁰⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 332. En sentido similar, GRACIA MARTÍN, para quien: “lo que tiene un carácter absolutamente “objetivo” es el “juicio” mismo mientras que el objeto sobre el que recae el juicio puede estar integrado sin duda por elementos objetivos y/o subjetivos”, *Fundamentos*, p. 111.

SCHÜNEMANN, por su parte, califica de “modesta, por no decir insignificante”, y prescindible una doctrina que estructura el hecho punible sobre la diferenciación entre lo objetivo y lo subjetivo, “La función de la delimitación entre injusto y culpabilidad”, p. 212.

³⁰¹ En este sentido, por ejemplo, CEREZO, quien sostiene que en estos casos se daría un delito doloso por omisión, *Curso*, II, ed., p. 163.

Que elementos subjetivos o internos sean relevantes en la determinación de la licitud o ilicitud es algo distinto a que el injusto dependa de la capacidad individual de advertir el entorno de riesgo o de la existencia de habilidades mayores o menores en el agente para controlarlo.

Por ende, la actuación puede considerarse contraria a derecho si el sujeto que estaba llamado a controlar los riesgos derivados de ésta, no lo hizo, incluso aunque fuera incapaz de llevarlo a cabo. Ya en la culpabilidad se analizarán los efectos de un eventual déficit de capacidad individual del actor para acceder al mensaje normativo y para controlar los riesgos derivados de su actuación.

Ello implica que quien carezca de capacidad para advertir las implicaciones de su actuar y controlar el riesgo derivado de él, deberá abstenerse de obrar. Sobre la base de estas ideas se hará una mención más detallada de las ideas centrales de este debate a fin de analizar la razonabilidad del concepto de injusto aquí adoptado.

a') Los planteamientos de las tesis individualizadoras

En contra de la postura acabada de expresar, autores muy calificados³⁰², cuyos puntos de partida no siempre coinciden, consideran que la capacidad individual de cumplir el deber

³⁰² En la literatura de habla hispana asumen las teorías individualizadoras, entre otros, BACIGALUPO, *Principios*, 5 ed., p. 169, señalando además la necesidad de diferenciar entre evitabilidad individual y motivación del sujeto; COBO-VIVES, consecuentes con su rechazo al concepto de injusto personal: “La infracción del deber de cuidado ha de ser, por consiguiente, establecida por referencia a lo que podía y debía prestar, personalmente, el autor. Y así entendida, pertenece al ámbito de la culpabilidad, constituyendo el momento esencial sobre el que se articula, en los delitos culposos, el reproche”, *DP, PG*, 5 ed., pp. 178-179; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 51; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, pp. 523 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., p. 559; ZUGALDÍA, “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, pp. 329-332.

En la literatura alemana consultada se puede mencionar a FREUND, “Fundamentos de la imprudencia punible”, p. 85; GÖSSEL, “Viejos y nuevos caminos”, p. 23; KINDHÄUSER, “Imprudencia y riesgo permitido”, p. 119; STRATENWERTH, *DP, PG*, I, p. 422.

JAKOBS suele mencionarse como uno de los autores que asume esta postura (“En definitiva, la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido. Es tan superflua como lo sería un “dolo objetivo”. Al injusto de imprudencia (y no solo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva. Así pues, el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos

de cuidado, condiciona la licitud de la actuación. Según CORCOY, quien asume este planteamiento,

“La norma penal como norma de determinación, solo tiene sentido frente al autor al que le es posible acceder a la norma, por lo que, en consecuencia, la posibilidad de motivación individual condiciona la antijuricidad”³⁰³.

Como consecuencia de ello, los ciudadanos solo estarían obligados a realizar lo que esté a su alcance para evitar la antijurídica puesta en peligro de un bien jurídico:

“la norma penal ‘obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta a juicio del ‘espectador objetivo’. La norma que obliga a la observancia del cuidado, en cuanto norma penal, obliga a todos los ciudadanos a hacer todo lo posible para no crear un peligro típicamente relevante o para evitar el resultado frente ‘al sujeto a quien se dirige el requerimiento típico’³⁰⁴.

vayan a realizar un tipo”, *DP, PG*, 2 ed., pp. 388-389, apdo. 13); en sentido similar, en “El delito imprudente”, p. 172.

Sin embargo, este autor sostiene también en otros apartes de su obra que el tratamiento a dispensar a los conocimientos especiales será diferenciado, dependiendo, no de que se cuente con ellos, sino de que quien los posea tenga responsabilidad por un ámbito organizacional específico en el que deba utilizarlos, como en el caso del mesero con conocimientos de biología que descubre unas setas venenosas en el plato que lleva a un comensal, que según este autor, no son conocimientos que por su posición jurídica deba usar en beneficio del comensal, y que por ello determinen el marco de su ilicitud. El ejemplo utilizado por el Prof. alemán, puede verse en “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales...”, pp. 214-215.

³⁰³ CORCOY, *Delito imprudente*, p. 128.

³⁰⁴ CORCOY, *Delito imprudente*, pp. 129-130.

En este sentido manifiesta STRATENWERTH que: “Obra con culpa solo quien, de un lado, está en situación de reconocer y dominar el riesgo no permitido que ha creado, disponiendo del poder “instrumental” para eliminarlo; y de otro, puede desplegar el necesario esfuerzo “intelectual” que le permita obrar de manera responsable y consciente. Esta distinción, como es evidente, no tiene nada en común con la contraposición entre mandato general e individualizado de diligencia, siendo un problema atinente a la imprudencia individual”, “L’individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo”, p. 287.

Desde una fundamentación funcionalista del injusto en la que se reivindica la relevancia que para este concepto tiene la fidelidad al ordenamiento jurídico, señala FEIJOO que: “existe un injusto penal si con los conocimientos y

En apoyo de su planteamiento, los defensores del modelo individualizado critican la falta de “coherencia” que supone el tratamiento dispar de los conocimientos superiores y de los inferiores al modelo normativo de actuación³⁰⁵, que defiende la doctrina mayoritaria, según el cual los conocimientos inferiores a los del modelo intersubjetivo no afectan la ilicitud de la actuación, mientras que los superiores si amplían el espectro de la misma.

Algunos defensores del planteamiento individualizador, invocan en su defensa un argumento relativo a la estructura de los delitos de omisión. Según STRATENWERTH, si uno de los requisitos fundamentales de la omisión es la capacidad de acción del sujeto, también la capacidad individual de observancia del cuidado debería entenderse como un elemento de la ilicitud imprudente³⁰⁶.

Sin embargo, no es cierto que la capacidad individual de actuación condicione en todos los casos la estructura del injusto omisivo, pues es posible que de la situación de dominio sobre el proceso de riesgo (que se deriva de la posición de garantía), pueda derivarse responsabilidad si quien la asumió y debía por ello neutralizar el riesgo, no estaba capacitado para hacerlo. De esta manera, también la posibilidad de actuación individual reconocida generalmente por la doctrina respecto a los delitos de omisión, deberá interpretarse en consonancia con el comportamiento exigido a quien ocupa determinada posición en el tráfico jurídico.

La analogía con los elementos del delito de omisión ha sido criticada por los defensores del modelo intersubjetivo de ilicitud. Entre ellos, PAREDES CASTAÑÓN señala que:

capacidades psicofísicas de que disponía el autor, el sujeto tenía como ciudadano un deber de evitar el hecho injusto. Y esta idea es igual de válida para los injustos dolosos o imprudentes”, “Prolegómenos para una teoría comunicativa del delito”, p. 60.

³⁰⁵ Para ZUGALDÍA el modelo normativo: “no puede explicar por qué se amplía el cuidado exigido a quien dispone de capacidades especiales superiores al término medio y no se reduce para el que tiene capacidades inferiores al término medio, y segundo, generalizando como se hace a partir del autor con capacidades especiales se perjudica sin explicación alguna al término medio”, “La infracción del deber en el sistema del delito culposos”, pp. 329-330.

³⁰⁶ STRATENWERTH, “L’individualizzazione”, pp. 640-641. Un resumen de las críticas a este planteamiento en CEREZO MIR, *Curso*, II, 6 ed., p. 162.

“en los delitos de omisión, cuando el tipo legal correspondiente no establezca otra cosa, el sujeto que ocupa una determinada posición jurídica estará obligado, si se da la situación típica, a actuar de acuerdo con las capacidades que se presuponen a quien ocupa dicha posición; en otro caso su conducta será antijurídica. Y, cuando dicha antijuridicidad de la conducta se deba a la falta de las capacidades presupuestas, existirá, al menos en principio, por haber una infracción del deber -positivo- de conducta por asunción indebida de la posición jurídica”³⁰⁷.

Finalmente, al afrontar las críticas que pudieran formularse, y que de hecho se han formulado a los planteamientos de las teorías individualizadoras, por borrar las fronteras entre injusto y culpabilidad, vaciando de contenido a la última, sus defensores niegan dicha confusión. Según STRATENWERTH:

“el problema decisivo de la teoría del injusto consiste en la individualización del contenido de un mandato o deber legal, en el caso de que el autor se deje guiar por la ley. Contrariamente a la afirmación de SCHMIDHÄUSER deber y percepción de la existencia del deber (Pflichterlebnis) no son confundidos, sino claramente separados. El injusto culposo atiende tan poco al conocimiento o cognoscibilidad de la norma, como al poder inhibitorio que se identifica con la capacidad de motivación”³⁰⁸.

b') La propuesta doctrinal de un modelo diferenciado

Cuando se analizan con detalle las diferencias entre estos planteamientos para establecer su alcance, se constata que ellas atañen básicamente a los conocimientos inferiores a los medios: la propuesta que aboga por un modelo intersubjetivo de determinación de lo

³⁰⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, pp. 290-291.

³⁰⁸ STRATENWERTH, “L’individualizzazione”, p. 638.

Los defensores de las teorías individualizadoras defienden que asumir un modelo individualizado no comporta subjetivizar la valoración jurídica. En este sentido, CORCOY, *El delito imprudente*, p. 137; o FREUND, quien, muy escéptico con la “persona de referencia” porque “tiene las características de que la dota quien la cree”, sostiene que “Tomar en consideración las condiciones individuales del sujeto actuante u omitente en el plano del injusto del hecho imprudente no conduce, bajo ningún concepto, a una subjetivización de la valoración jurídica...Lo que sucede es que el objeto de la valoración está constituido por las condiciones individuales del sujeto, es decir, por la “perspectiva del afectado” en relación con las alternativas de conducta en el caso concreto”, “Fundamentos de la imprudencia punible”, pp. 91 y 90, respectivamente.

injusto pretende que quien emprenda la ejecución de actuaciones de riesgo, cuente con unas capacidades mínimas para su control y manejo, lo que incluye conocimientos sobre el contexto fáctico en el cual se actúa y conocimientos “científicos” (de operancia por ejemplo de los procesos causales), cuya magnitud dependerá del tipo de riesgo que se genere, y del sector de tráfico jurídico en que se realice la actuación³⁰⁹.

Según ello, quien no posea un nivel mínimo de conocimientos o habilidades que permitan asegurar los bienes jurídicos que pudieran verse afectados con sus actuaciones, obrará típicamente si como consecuencia de dicha incapacidad el proceso de riesgo sale de control³¹⁰.

Esos conocimientos y habilidades que se determinan en clave normativa como referente común para todos quienes emprendan la actuación de riesgo, y que son los que se suponen en un hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor, perfilan el umbral mínimo de la ilicitud, por lo que, quien carezca de ellos, deberá abstenerse de poner en marcha el proceso de riesgo.

³⁰⁹ Respecto a los conocimientos que deben tenerse en cuenta para construir el modelo de actuación en consonancia con el cual se configura la perspectiva *ex ante*, se destaca su carácter limitado: “lo que se pretende con ese observador ficticio es dotar de racionalidad la valoración de la conducta, atendiendo a los conocimientos empíricos poseídos por la generalidad de las personas en el momento presente. El hecho de dotar a este observador de los conocimientos equivalentes a los que el autor debería poseer, y no los propios de una “experiencia universal”, responde a que se está valorando la conducta de un sujeto concreto, al cual no puede exigírsele más conocimientos que los propios de su deber objetivo de cuidado”, ALCÁCER, “El juicio de adecuación de la conducta”, p. 485. Descartada así la exigencia de conocimientos universales, la concreción acerca del grado de abstracción exigido es objeto de determinación normativa.

³¹⁰ Respecto a la imprudencia por asunción o por emprendimiento, manifiesta, FEIJOO: “No existe un deber general garantizado de preparación e información o de procurarse conocimientos, sino que el deber de cuidado se concreta en ocasiones en el deber de no realizar determinadas actividades peligrosas sin disponer de determinados conocimientos, capacidades o experiencias o sin la preparación suficiente...”

La misma estructura de imputación y el mismo fundamento del injusto imprudente están presentes en aquellos supuestos en los que se realiza una actividad sin disponer de los instrumentos o medios mínimamente adecuados (...) o sin la capacidad física suficiente. O cuando alguien, aunque tiene conocimientos generales suficientes, no se informa mínimamente del caso concreto”, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 293-295.

Las teorías individualizadoras, por su parte, señalan que en el caso de sujetos incapaces de advertir la peligrosidad de su actuación en el entorno circunstancial en el que obran, ese déficit de conocimientos determina, hacia abajo, el umbral de lo ilícito.

En cuanto al tratamiento a dispensar a los conocimientos superiores a los medios, los conflictos son menores: para las teorías individualizadoras no parece haber dificultad en incorporarlos al modelo en función del cual configurar el injusto, y las teorías que construyen un modelo intersubjetivo, como ya se destacó, han explicitado su aceptación de que los conocimientos especiales impongan la adopción de medidas mayores para controlar la peligrosidad de la actuación, elevando así el umbral de lo injusto³¹¹.

³¹¹ La mayoría de los defensores de una determinación objetiva o intersubjetiva del deber de actuación aceptan que el mismo se concreta teniendo en cuenta los conocimientos que se presuponen para la realización de la actividad de la que en concreto se trate, más los que poseyera el individuo concreto. En este sentido, CEREZO MIR, por ejemplo, indica que los conocimientos especiales “son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base,..., para determinar el cuidado objetivamente debido. El juicio de previsibilidad objetiva se lleva a cabo colocándose el juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, así como el saber experimental del autor (saber nomológico)”, *Curso*, II, 6 ed., p. 162.

Sin embargo, este autor considera que el problema deriva solo de la posesión de especiales habilidades y no de conocimientos especiales. Ello le lleva a concluir que en los casos en que el sujeto posee unos conocimientos superiores a los medios que sin embargo no emplea en beneficio del bien jurídico, limitándose al empleo de la pericia y habilidad imprescindibles obra de manera cuidadosa, aunque podría responder por un delito doloso de omisión, (pp. 162-163), con lo que en su propuesta una conducta (comisiva) a la que se considera desde el punto de vista cognitivo ajustada a derecho, pudiera sin embargo constituir, ella misma, una omisión dolosa.

Entre los defensores de la determinación intersubjetiva del cuidado debido, que aceptan el papel de los conocimientos especiales, vid. también, HIRSCH, “Peligro y peligrosidad”, pp. 516 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 189.

Defienden también un modelo objetivo, complementado por los conocimientos o habilidades especiales (superiores) del sujeto, BUSTOS, *El delito culposos*, p. 44; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 503 (aunque previamente, p. 502, había propuesto, como CEREZO, diferenciar entre conocimientos y habilidades especiales); MIR PUIG, *DP*, *PG*, 8 ed., Lecc. 11, nros. 41-48, pp. 292, 294 (proponiendo también diferenciar entre conocimientos y habilidades especiales, aunque con efectos distintos a los de otros autores); WELZEL, *DP alemán*, 11 ed., p. 188.

ZIELINSKI alude a la pérdida de coherencia que implica la postura divergente: “En interés de la protección óptima de los bienes jurídicos se exige que “cada uno tiene que rendir lo óptimo de sí mismo que esté en condiciones de rendir para evitar peligros”. Las fracturas sistemáticas y metodológicas de tal concepción objetiva de la

Este consenso sobre el tratamiento que se de los conocimientos superiores a los del modelo normativo de actuación, posibilita a la doctrina mayoritaria asumir un modelo dual de determinación de lo injusto, que supone un criterio intersubjetivo por lo bajo e individualizado por lo alto³¹².

Esa solución, que pudiera considerarse de compromiso, tiene ventajas político criminales: se compadece mejor con la función preventivo general del ordenamiento jurídico³¹³, que podría establecer así los caracteres que determinan la contrariedad a derecho según una capacidad mínima que habrá de ser común a todos los ciudadanos que desplieguen comportamientos de riesgo en determinado sector del tráfico jurídico. Y en relación con ello resulta más satisfactoria para la adecuada protección de bienes jurídicos.

Frente a dicha solución, queda como situación problemática la del tratamiento que se debe dar a los conocimientos inferiores a los del modelo normativo de actuación. Sin embargo, cuando se analiza el tratamiento que a dicha cuestión proponen los defensores del

imprudencia sobre una base individual de conocimientos son asumidas en aras de las consecuencias. Frente a ello, la concepción predominante -a partir de un punto de partida objetivo consecuente- se satisface con exigencias medias, que reclaman de cada uno, en una situación comparable (en su ámbito de relación), el mismo cuidado y, por ende, la misma conducta”, *Dolo e imprudencia*, pp. 100-101.

³¹² Por eso se afirma: “...la solución materialmente correcta discurre entre medias de las dos concepciones extremas: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse”, ROXIN, *DP, PG, T I*, p. 1015, apdo. 50; en sentido similar, LUZÓN PEÑA, *Curso*, pp. 378-379.

³¹³ Esta idea es defendida, entre otros, por SCHÜNEMANN para quien si se considera incluida la “infracción individual del deber de cuidado en la norma prohibitiva, ya no sería posible formular criterios objetivos de deber de cuidado, con lo cual la finalidad preventivo-general del Derecho penal se vería completamente desvirtuada”, “La función de delimitación de injusto y culpabilidad”, p. 224.

En sentido similar HIRSCH: “las normas objetivas de cuidado son necesarias como standards de comportamiento recíproco. Comportan exigencias mínimas de acuerdo con las que todos han de comportarse. Ya que se trata de injusto, al injusto del comportamiento le es esencialmente necesario una medida objetiva. Las normas de comportamiento deben estar configuradas de tal manera que los miembros de la comunidad jurídica puedan orientarse recíprocamente por ellas. De lo contrario no podría mantenerse el principio de confianza”, *La polémica en torno a la acción*, p. 64.

Y CEREZO: “La medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización”, *Curso*, II, 6 ed., p. 162.

modelo individualizado, mediante el concepto de imprudencia por asunción, se puede concluir que las diferencias al respecto tienen también un valor relativo.

c') La denominada imprudencia por asunción

Como se acaba de sugerir, los defensores de las teorías individualizadoras no asumen de manera absoluta la impunidad de quien, al carecer de conocimientos o habilidades suficientes, emprende la realización de una actuación de riesgo. La de la imprudencia por asunción o emprendimiento ha sido la vía mediante la cual, los primeros afirman la relevancia penal de la actuación de quien sin contar con todos los elementos que le permitan un dominio adecuado del riesgo, lo despliega³¹⁴. En este caso, la imprudencia radicaría en el hecho de ejecutar una actuación sin la capacidad suficiente para mantenerlo bajo control³¹⁵.

³¹⁴ En este sentido, CORCOY: “en los casos en que un sujeto no tiene capacidad para realizar una determinada conducta peligrosa, se fundamenta la responsabilidad imprudente **ya** en la aceptación de esta concreta actividad y **ya** en la falta de preparación previa. Al sujeto con capacidad inferior a la media no se le prohíbe realizar la conducta sin atender al cuidado que tendría el “hombre medio”, sino participar en una actividad peligrosa sin tener capacidad para ello”, *Delito imprudente*, p. 140. Negrita en el original.

De la misma manera, STRATENWERTH: “cuando alguien es incapaz de mantener dentro de los límites permitidos los riesgos ligados a determinada conducta, tiene prohibido, por principio, ya el asumir esa actividad (la llamada *imprudencia por asunción*)”, *DP, PG I*, 4 ed., p. 424.

³¹⁵ Un caso de este tipo se plantea en la STS de 28 de diciembre de 1990, Mg. SOTO N., en el que un residente de anestesiología decide intervenir en un procedimiento, sin informar al anestesiólogo responsable. Se le condena por imprudencia temeraria, porque “*surgido el “espasmo de glotis” con una grave insuficiencia respiratoria, el procesado no logró hacer frente adecuadamente a la complicación y no consiguió intubarla –a la paciente-, a pesar de haberlo intentado repetidamente, hasta que ya con la enferma en estado de inconsciencia, pudo finalmente serlo por la ATS. El resultado lesivo era evitable... No puede enjuiciarse la conducta del inculpaado aislando idealmente el acto anestésico, sin considerar los actos precedentes de decidir prestar su intervención sin la presencia del Médico anestesista titular, cuando no estaba autorizado para ello, menospreciando elementales deberes de cautela, al colocar a la paciente en situación de grave riesgo o peligro ante cualquier eventualidad surgiente durante la intervención ... La complicación surgida podrá ser más o menos frecuente, pero no es extraña a las técnicas anestésicas, entrando de lleno en el campo de previsibilidad de los profesionales médicos que desarrollan su función en tal área asistencial*”.

La responsabilidad por asumir un proceso de riesgo excluyendo a personas competentes para ello, usurpando así de manera indebida el riesgo se manifiesta ya en las STS de 15 de diciembre de 1917, Mg. MONZÓN; de 14 de mayo de 1960, Mg. CASTEJÓN; de 28 de febrero de 1983, Mg. VIVAS M.; de 28 de septiembre de 1992, Mg. DÍAZ P.; entre otras, y además es una problemática frecuente en los casos de intrusismo.

Esta figura permite a los defensores del modelo individualizado afirmar la contrariedad a derecho de la actuación de quien en el momento en que el proceso de riesgo sale de control, no estaba en condiciones de someterlo, por adolecer de capacidad personal para ello, remontándose entonces a un momento previo: aquél en que el sujeto emprendió la realización de la conducta generadora de riesgos que no podía controlar. La ilicitud derivaría del hecho mismo de ejecutar la conducta.

Con ello, y para evitar la impunidad de quien pone en marcha procesos de riesgo que no es capaz de controlar, termina operándose una remisión a pautas intersubjetivas de determinación del deber de cuidado, aunque no deberá perderse de vista que también en la ejecución del comportamiento puede manifestarse una infracción del deber de cuidado si durante su despliegue el riesgo no es sometido a las medidas de control que imponía el ordenamiento jurídico³¹⁶.

Algunos defensores del modelo individualizador afirman que su defensa de la imprudencia por asunción no supone asumir una determinación intersubjetiva del cuidado debido, porque también en ese momento previo debería constatarse la capacidad individual de obrar cuidadosamente.

Así por ejemplo, sostiene JAKOBS que:

“La anticipación del instante de la acción solo resulta posible cuando el autor, en un instante anterior, no solo es capaz de apreciar las consecuencias de su actuar venidero,

³¹⁶ Muy crítica con el concepto de imprudencia por asunción, por entender que mengua la función de la norma como pauta general de actuación, GIL GIL, para quien “Este proceder que adelanta la conducta imprudente un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su futuro estado de inevitabilidad, conlleva, además de la contradicción intrasistemática, como todos los intentos de adelantar la imprudencia a un momento previo, una equiparación inadecuada a efectos de conducta típica de acciones con peligrosidades muy diversas, además de que el límite a la anticipación (y por tanto de nuevo a la evitabilidad) tendrá que venir de nuevo marcado por las normas estandarizadas que señalan los límites entre los riesgos permitidos y no permitidos”, *El delito imprudente*, p. 134.

Y en efecto, la imprudencia por asunción (cuya idea general parece válida), obliga a definir si para evitar las dificultades que para sustentar la imprudencia de quien es incapaz de controlar el riesgo después de que lo ha puesto en marcha, que afrontan las teorías subjetivas, debe remitirse la imprudencia a un momento previo de todas maneras de carácter también normativo: haber emprendido un comportamiento de riesgo que no se estaba en condiciones de controlar.

sino que además está obligado a cuidar de que no se produzcan esas consecuencias. Lo cual faltará cuando el autor, en el instante posterior, solo puede aportar determinada prestación con arreglo a sus capacidades activables *ad hoc*... *La imprudencia por lo emprendido existe solo cuando el autor ya en el instante anterior es garante de la calidad de un comportamiento posterior*”³¹⁷.

Sin embargo, manifestaciones como ésta, al condicionar la imputación a la condición de garante de los efectos posteriores, tornan el problema circular, pues si por vía de la inferencia se puede fundamentar el deber de evitación del resultado, al remitirse al actuar precedente ilícito el problema vuelve al punto de partida, es decir, el de la ejecución de la conducta de riesgo cuyos efectos el agente no podría controlar y a la relevancia del déficit de capacidades en ese momento; con lo que el problema no encuentra una solución que logre eludir el problema de la relevancia de la incapacidad del sujeto que asume una actividad riesgosa, en la determinación de su ilicitud.

d') ¿Tratamiento diferenciado de los conocimientos y habilidades?

Los elementos que en general se consideran relevantes dentro de esta discusión son los conocimientos y las habilidades con que cuente el actor para mantener el riesgo bajo control; sin embargo, no todos los autores coinciden en que ambos deben ser objeto de un tratamiento unitario; sin embargo, no se advierten razones por las cuáles dispensar un tratamiento diferenciado a los conocimientos y las habilidades especiales, si los dos se integran como facetas diferentes de la actuación del sujeto: si la posesión de mayores conocimientos amplía el ámbito de lo punible al incrementar las condiciones que harán posible el control del riesgo, las habilidades o capacidades de actuación, que son las que permitirían asegurar la indemnidad del bien jurídico expuesto a riesgo por la propia actuación, deberán recibir un tratamiento similar.

³¹⁷ JAKOBS, DP, PG, p. 389, apdo. 14, cursiva en el original. En sentido similar, FREUND: “Pero con esto no se está introduciendo una medida objetiva en la determinación individual de la imprudencia, sino que se está realizando una individualización consecuente, en tanto se está preguntando si el Derecho podía esperar del sujeto, atendiendo a sus condiciones individuales, que evitase el suceso ulterior”, “Fundamentos de la imprudencia punible”, p. 92.

Igual que el desconocimiento de los factores de riesgo que concurren en su actuación, estando dadas las condiciones normativas para advertirlo, debería tratarse la carencia de las habilidades que permitan desplegar la actuación que permita mantener el riesgo bajo control.

e') Conclusión

De conformidad con lo expresado hasta el momento, debe decirse que los conocimientos especiales superiores a los medios amplían el marco de lo previsible, y con ello el deber de actuación, como sostienen las teorías individualizadoras y quienes en consonancia con la perspectiva *ex ante* abogan por una determinación inter-subjetiva del deber de cuidado³¹⁸; en tanto que el déficit de conocimientos o de habilidades³¹⁹ obliga a abstenerse de desplegar las correspondientes comportamientos de riesgo, constituyendo imprudencia el emprendimiento de la ejecución de la actividad de que se trate.

La solución de objetivar por lo bajo e individualizar por lo alto, asumida explícitamente por autores como ROXIN y en general por la doctrina mayoritaria, se manifiesta satisfactoria desde un punto de vista político-criminal, en el que se tenga en cuenta la adecuada protección de bienes jurídicos y el respeto al principio de responsabilidad subjetiva: la renuncia a un baremo “objetivo” de valoración de ilicitud del proceso de riesgo a generar por quien lo despliega sin poseer la capacidad para someterlo a control, tornaría inane la efectiva protección de bienes jurídicos. Además, un análisis detallado de propuestas aparentemente tan disímiles, evidencia que no existen sustanciales diferencias de fondo entre sus planteamientos.

³¹⁸ Así lo destaca STRATENWERTH, *DP, PG*, I, 4 ed., pp. 421, 422, aps. 13 a 15.

³¹⁹ Autores como MIR PUIG entienden que solo las habilidades ameritan un tratamiento específico, pues los conocimientos y habilidades inferiores a los presupuestados por la actividad están normativizados en los planteamientos de la doctrina y los conocimientos superiores están también incorporados al juicio de previsibilidad: “Si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues si también los conocimientos especiales del autor deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje especialmente intenso”,...“Una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (...) no pueden (sic) disminuir la antijuridicidad, sino solo la imputación personal de la misma”, *DP, PG*, 8 ed., pp. 292 y 294, respectivamente.

En materia de responsabilidad de los profesionales de la salud lo anterior tiene unas implicaciones evidentes: de una parte, quien no posea las habilidades necesarias para el manejo de un paciente específico debe recurrir a la remisión o a la interconsulta; pues asumir el tratamiento sin poseer las capacidades suficientes puede suponer que se exponga al paciente a riesgos jurídicamente desaprobados.

Y de otra, quien posea capacidades especiales para el manejo de la situación que afronta un paciente debe emplearlas, aunque la fundamentación de ello sea algo más compleja, pues si se asume estrictamente una teoría de los roles, el médico que pone a disposición del paciente la técnica que hubiera empleado cualquier otro profesional, y no una especial que él domina, por ejemplo por haber recibido un entrenamiento específico, o por haberla desarrollado él (aplicándola en su consultorio privado y no en el de la sanidad pública donde trabaja a tiempo parcial), podría decir que obró como un médico medio de su mismo sector de actividad profesional.

A esto habrá de responderse que el concepto de cuidado debido en el ámbito de la salud atañe a la protección de bienes jurídicos de gran importancia para el ser humano, y que quien tenga a su cargo las medidas disponibles para una adecuada protección del bien jurídico debe desplegarlas.

En ello confluye además, el hecho de que no usar esas capacidades podría poner al sujeto en el ámbito de la responsabilidad por omisión, toda vez que parece posible afirmar que desde el comienzo del tratamiento el sujeto se torna garante del bien jurídico, razón por la cual viene obligado a desplegar todos los recursos a su alcance (incluidas por supuesto las propias capacidades) en aras procurar la mejor condición posible para el bien jurídico.

Por lo anterior, es posible afirmar que existe el deber de usar en beneficio del bien jurídico las especiales capacidades de que se disponga.

Finalmente, y en relación con el problema del contenido de la culpabilidad, que el déficit de conocimientos excluya el injusto o la culpabilidad dependerá de cuál sea la razón que explique ese déficit³²⁰: si deriva de una situación de error invencible en la que no se pudo

³²⁰ AGUADO CORREA propone hacer de la inexigibilidad de otra conducta, una categoría general del Derecho penal que se manifestaría por ende en el ámbito de la tipicidad; sin embargo, contrario a lo que pareciera sugerir la enunciación de la idea, sostiene la autora que es inexigible lo que trascienda a lo que hubiera debido ser la

advertir ni la creación del riesgo, ni su entidad, sería un problema de exclusión del injusto. En cambio, si obedece a una incapacidad del sujeto para recibir el mensaje normativo, la cuestión habrá de tratarse en sede de culpabilidad.

e) El papel del consentimiento del paciente al tratamiento médico en la determinación de la licitud de éste

Una característica básica del Derecho penal en un Estado liberal es su orientación hacia el aseguramiento de las condiciones básicas de participación de los ciudadanos en el sistema social, lo que implica reconocerles la posibilidad de definir la forma en que han de perfilar sus relaciones sociales, sin interferir de manera ilícita con el ejercicio legítimo de sus derechos por parte de terceros³²¹.

Esa decisión sobre la forma de configurar las relaciones sociales es un elemento fundamental del concepto de bien jurídico; y de ello se derivan tanto posibilidades de actuación, como deberes de abstención, estos últimos en el sentido de que mientras no se afecten bienes jurídicos de terceros como consecuencia de las acciones mediante las cuales se desarrollan las opciones vitales, aquéllas y éstas deben ser valoradas como lícitas; en otras palabras, no deberían punirse actuaciones que constituyan el desarrollo de decisiones libres y autónomas del titular del bien jurídico.

En un Estado liberal, ello implica que se debe respetar el espacio en que se adopten las decisiones vitales de los ciudadanos. Las actuaciones de este mismo sujeto o de terceros que obran al amparo y en consonancia con las decisiones del titular del bien jurídico deberían permanecer ajenas a la intervención punitiva, o, con la terminología ya empleada, los riesgos generados por esas conductas son permitidos, salvo que concurren razones de mayor importancia que aconsejen su punición.

conducta de un hombre medio: “Hoy en día no se puede seguir afirmando que el papel que se le otorga a la exigibilidad en el ámbito de los delitos comisivos dolosos es mínimo, aun cuando sea menor que en los delitos de omisión. Esta afirmación tan solo podría tener sentido si se circunscribe la cuestión al papel que desempeña la exigibilidad en la categoría de la tipicidad. Y, aun así, no podemos obviar que la inexigibilidad debe ser tenida en cuenta por el Legislador al tipificar las conductas, determinando la atipicidad de aquellas cuya realización sobrepase las posibilidades del hombre medio”, *Inexigibilidad de otra conducta en DP*, p.72.

³²¹ Referencias en CADAVID, *Introducción a la teoría del delito*, pp. 123 y ss.

Al consentimiento se ha conferido un papel determinante en la delimitación del marco externo de la licitud del riesgo en la actividad médica; de dicha función se derivan una serie de cuestiones de relevancia dogmática que es necesario desarrollar, máxime si se tiene en cuenta que la aquiescencia o autorización del paciente para la realización del tratamiento médico y su efecto en relación con los riesgos asociados a él son de las cuestiones que mayor interés han despertado en la doctrina que en los últimos años ha analizado las estructuras de la responsabilidad jurídica en el área médica³²².

Tradicionalmente, las cuestiones dogmáticas asociadas a este asunto se desarrollaron alrededor de la figura del consentimiento, con las que demandaran las particularidades del ejercicio de la medicina. Sin embargo, el desarrollo teórico relativamente reciente de nuevas figuras dogmáticas como la autopuesta en peligro y la puesta en peligro ajena consentida por el titular del bien jurídico, o de manera más reciente aún, el principio de autorresponsabilidad, posibilita explorar nuevas vías conceptuales y novedosos criterios de solución de los problemas que tengan en cuenta las diferencias entre los distintos supuestos que se dan en la práctica. Estas instituciones, además, permiten alcanzar soluciones satisfactorias frente a la problemática que plantea la aparente opción del Legislador por conferir a algunos bienes jurídicos, básicamente la vida y la integridad personal, un carácter, más que discutible, de indisponibles.

La introducción en la discusión dogmática de las categorías acabadas de referir y su paulatina aceptación por la doctrina, sugiere precisar el ámbito de aplicación que les corresponde, a fin de constatar si proponen apenas una reiteración de las ideas planteadas con anterioridad por la teoría tradicional del consentimiento, o si por el contrario entre ésta y aquéllas existen diferentes espacios de aplicación que permitan entenderlas como estructuras complementarias, y determinar, en ese caso, el campo de aplicación correspondiente a cada una de ellas.

Por esta razón, para el desarrollo de la cuestión se harán unas breves consideraciones sobre el concepto de bien jurídico y las implicaciones de la posible indisponibilidad de

³²² Consideran el consentimiento como presupuesto de la actuación médica legítima, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, p. 113 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 45.

algunos bienes, para aludir posteriormente a los efectos de la autorización o no del paciente o eventualmente de terceros a los procedimientos médicos.

i) Punto de partida: Consentimiento y concepto de bien jurídico

Pese a los embates que sobre todo en el último tiempo se dirigen contra el concepto de bien jurídico, la doctrina aún mayoritaria entiende que él es el objeto de protección del Derecho penal; entendiendo además que su finalidad es facilitar la participación de los ciudadanos en el sistema social³²³.

Así entendido, el bien jurídico comporta una relación positiva de una persona con un sustrato. En muchos casos, no solo los de bienes jurídicos individuales, dicho sustrato está configurado por el “objeto material” del delito, cuya función es facilitar o propiciar a los ciudadanos, como antes se decía, su participación en sociedad. La comprensión del bien jurídico en términos de una relación positiva de un sujeto con un sustrato³²⁴, que facilita al ciudadano participar en sociedad, determina que una de sus características básicas sea la relación de disponibilidad del titular con el sustrato.

Según esa caracterización del bien jurídico, que puede considerarse la propia de un Estado liberal³²⁵, a los ciudadanos se les debe reconocer un espacio en el que, sin lesionar a

³²³ En este sentido, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, “Teoría del “bien jurídico””, pp. 106, 109; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 271. Destacando ese elemento relacional en el que serían fundamentales los efectos de libertad y autonomía, KAHLO, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva”, p. 55.

Un resumen sobre algunas de las propuestas de caracterización del bien jurídico en la doctrina española, en CADAVID, *Introducción a la teoría del delito*, pp. 119 y ss.

Sobre la evolución del concepto de bien jurídico, CUELLO CONTRERAS, *El DP español*, PG, 3 ed., pp. 47-54.

³²⁴ KAHLO, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva”, p. 66.

De ello se derivan consecuencias como la propuesta por, DE VICENTE REMESAL en relación con los efectos del consentimiento: “la configuración del bien jurídico en los delitos susceptibles de consentimiento eficaz no solo se integra por la “voluntad del sujeto” sino también por el “objeto de referencia” al que se adscribe esa voluntad; concretamente, por ejemplo, la integridad del cuerpo, la libertad de movimientos, el honor o la esfera íntima”, “Consentimiento y acuerdo ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, p. 141.

³²⁵ La vinculación del problema del consentimiento a unas opciones político criminales previas al derecho penal necesariamente relacionadas con el modelo de Estado, ha sido ampliamente reconocida por la doctrina. Así por ejemplo, BUSTOS-HORMAZÁBAL: “... el problema del consentimiento y su eficacia en derecho penal es de

terceros, puedan decidir cómo configurar sus relaciones sociales y ello implica la posibilidad de disponer de dicho sustrato³²⁶.

En lo que aquí interesa, es decir el ámbito de los delitos de homicidio y de lesiones personales, la lesión del bien jurídico supone afectación del objeto material, de la capacidad de disposición sobre el mismo y de las posibilidades de relación social del titular a través de su estructura corporal: no puede haber delito de lesiones personales si al actuar contra la voluntad del sujeto pasivo, no se genera algún compromiso para la salud³²⁷ o la integridad

carácter político-criminal, y de ningún modo de carácter prejurídico o jusnaturalista, como pudiera desprenderse si se admitiera la existencia de bienes jurídicos “disponibles”. Por eso,..., el límite está en el propio fundamento del consentimiento que es la libertad”. *Lecciones*, 2 ed., p. 237.

³²⁶ La idea de disponibilidad es fundamental en la caracterización que del bien jurídico hacen autores como ZAFFARONI, para quien la disponibilidad, como posibilidad de usarlos, es una característica de todos los bienes jurídicos, también de los colectivos o difusos; por esa razón, “No hay bienes jurídicos disponibles e indisponibles, porque la esencia del bien jurídico es la disponibilidad. La idea de bienes jurídicos indisponibles es un mal entendido: la vida no es un bien jurídico indisponible, sino el más disponible de todos, dado que se da en forma de existencia y, por ende, se agota en el tiempo. Cada decisión de emplear nuestro tiempo es un acto de disposición de la vida. Por supuesto que, para ello, debemos entender por disposición el uso de los bienes jurídicos y no su aniquilamiento o destrucción, que no es más que un límite de disponibilidad, no siempre autorizado, ni siquiera en los casos en que la doctrina tradicional cree que se trata de bienes jurídicos disponibles”, “Reflexiones sobre el DP ambiental”, p. 145.

³²⁷ Respecto al contenido del bien jurídico protegido en el delito de lesiones personales, goza de amplia aceptación la propuesta de BERDUGO de considerar que se trata de la salud, que englobaría el concepto de integridad física. El contenido del bien jurídico, dice este autor, reiterando sus primeros planteamientos sobre el asunto, “no hace referencia solamente al funcionamiento de órganos y aparatos sino que la propia disponibilidad de la salud se agrega al soporte físico integrando un único bien jurídico”. Y añade, “Este contenido tiene que situarse en el marco más amplio de la posición defendida con carácter general respecto al bien jurídico y el papel que en el mismo juega el contenido del texto constitucional”, “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, p. 49.

En sentido similar, TAMARIT, “Comentario al art. 155”, pp. 138,139; y GONZÁLEZ RUS, en “Lección 4: Las lesiones”, pp. 142-143.

PEÑARANDA propone una concepción más compleja de este bien jurídico, en cuanto integra otros elementos a su contenido: “El bien jurídico de la salud personal no consiste simplemente en su sustrato material, un determinado estado del cuerpo o de la mente (esto es más bien el objeto material del delito de lesiones pero todavía no su bien jurídico), sino que comprende también la relación de ese sustrato con su titular (STRATENWERTH). Sin embargo tampoco se ajustaría completamente a la complejidad que tiene el bien jurídico de la salud personal la consideración opuesta de que este bien jurídico consiste solamente en la capacidad de disposición sobre la salud y la integridad corporal por el afectado...En realidad la salud personal constituye, en parte, como la titularidad

física (si es que se consideran realidades distintas); pero tampoco habrá lesiones personales si el titular del bien ha autorizado la realización del comportamiento orientado a lesionarlo. Como luego se verá en lo que respecta a la disposición de la vida, existen niveles menores de consenso.

Por supuesto, otras concepciones del bien jurídico son posibles, pero no todas resultan compatibles por igual con las bases axiológicas de un Estado liberal³²⁸.

Sin esa garantía de la libertad de disposición, que dogmáticamente se manifiesta en la estructura del consentimiento, el bien jurídico no cumpliría con su objetivo de posibilitar la participación social del ciudadano.

Ahora bien. En lo que al objeto del consentimiento respecta, partiendo de una teoría del bien jurídico que califica de liberal, y con la que coinciden las ideas acabadas de expresar, ROXIN señala que:

“(e)l efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere, ..., no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él (por más que ambas cosas son ciertas), sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada constitucionalmente en el art. 2 I GG, cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde y con ello una realización del tipo”³²⁹.

de los bienes patrimoniales, 1) un medio para el libre desarrollo de la personalidad del individuo; pero, al igual que la vida, es, también en parte, 2) base de su futuro ejercicio (JAKOBS) y 3) base de la identidad y dignidad de la persona”. “Cap V Lesiones (I)”, en *Compendio de DP (PE)*, Vol I, pp. 366, 367.

Sobre la discusión doctrinal sobre el contenido de este bien jurídico, GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y la integridad física*, pp. 440 y ss.

³²⁸ CORCOY, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, pp. 262, 263.

³²⁹ Y más adelante, en apoyo de su postura, cita ROXIN otros autores: “Acertadamente afirma Rudolphi: “Bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no solo una unidad, sino que *objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo*”: la lesión del bien jurídico no se agota, por consiguiente, en la acción contra la voluntad del portador del bien jurídico; no obstante, éste es uno de sus presupuestos. Con razón dice Stratenwerth que *la voluntad del afectado es “significativa no solo para la protección jurídica”, sino que pertenece “también al objeto protegido”*”. *DP, PG*, T. I., § 13, nro. 14, pp. 517 y 518, cursiva ajena al texto.

Por supuesto, toda esta discusión influye sobre el contenido de los bienes jurídicos vida y salud³³⁰, a los que con esta fundamentación bien se les podría considerar como disponibles.

Además de los autores ya citados, también han vinculado el concepto de bien jurídico al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, DE LA GÁNDARA VALLEJO: “por lo que se refiere a los bienes jurídicos individuales, siguiendo la postura defendida por Roxin respecto de los bienes disponibles yo también opino que el verdadero objeto de protección de la norma penal es el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde y no la integridad *per se* de esa esfera, ya que la protección penal de los bienes individuales sirve primordialmente para garantizar el libre desarrollo de su titular”, *Consentimiento*, p. 100; SEGURA GARCÍA: “Entiendo, por tanto, que, como regla general, y como consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad garantizado constitucionalmente, los bienes jurídicos individuales son ámbitos de autodeterminación reservados a los ciudadanos, espacios sobre los cuales se les concede a éstos la facultad de excluir las intervenciones o las injerencias ajenas, incluidas las del Estado y, por supuesto, también la facultad de “consentir” la intervención, en principio, solo reservada al titular de ese ámbito. Es por eso que la voluntad conforme del titular con respecto a la intervención del tercero, es decir, el consentimiento, hace desaparecer no solo cualquier tipo de conflicto de intereses, sino la propia lesión, puesto que en definitiva se está ejerciendo el propio derecho de disposición”, *El consentimiento*, p. 115.

GONZÁLEZ RUS refiriéndose al art. 156 señala que en él se recogen “criterios de solidaridad y fomento de la salud (trasplante de órganos) o (en) el libre desarrollo de la personalidad (esterilidad y cirugía transexual)”, “Lección 4: Las lesiones”, p. 145.

PEÑARANDA RAMOS propone un tratamiento diferenciador de la cuestión del bien jurídico salud personal, con efectos a nivel del consentimiento, al señalar que éste constituye “1) un medio para el libre desarrollo de la personalidad del individuo; 2) base de su futuro ejercicio (JAKOBS) y 3) base de la identidad y dignidad de la persona. Todo ello depende, en gran medida, del grado de afectación del sustrato material del bien jurídico”, “Cap. V: Lesiones” en BAJO (Coord). *Compendio de DP, PE*, vol I, pp. 366, 367.

³³⁰ En desarrollo de esta línea de argumentación se ubica la propuesta de BERDUGO a que se hiciera referencia en la nota 328.

A favor de este planteamiento, TAMARIT, “La reforma de los delitos de lesiones”, p. 36, para quien esta caracterización del bien jurídico expresa “con mayor precisión -que el concepto de salud- la existencia de un auténtico derecho, como concreta posición jurídica de su titular ante el estado y el resto de los ciudadanos, lo cual deja desprovisto de todo fundamento el mantenimiento de la protección penal mediando consentimiento del lesionado (pues en tal caso, mal podría hablarse de un menoscabo del bien jurídico)”, pp. 36-37.

Para GARCÍA ARÁN existen espacios de disponibilidad del bien jurídico salud “fundados en el libre ejercicio de la personalidad”, “Comentario al art. 155”, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al CP, PE*, T. I, p. 129; en sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y la integridad física asumida directamente por su titular*, p. 484.

A continuación se alude a algunos de los argumentos propuestos por los defensores de la indisponibilidad de los mencionados bienes jurídicos.

ii) La supuesta indisponibilidad de los bienes jurídicos vida y salud

Con una caracterización del bien jurídico diferente de la propuesta y con explícito fundamento legal, sectores importantes de la doctrina tradicional defienden el carácter indisponible de algunos bienes jurídicos, en concreto de la vida, y en menor medida de la salud. En ese contexto, los defensores de este planteamiento consideran que los delitos de homicidio y de lesiones personales no dejarían de ser tales, por el hecho de que se actúe con la aquiescencia del titular del bien, dado que el ordenamiento jurídico impondría una limitación insuperable a la posibilidad de disponer de tales bienes jurídicos.

Dejando al margen otras que no serían relevantes en un Estado aconfesional, las razones para afirmar la indisponibilidad de la vida pueden referirse a su carácter fundante de otros bienes jurídicos, a la irreparabilidad de las decisiones que atañen a ella cuando se ejercen actos de disposición, a la existencia de una especie de derecho colectivo a la preservación de la vida de todos los ciudadanos; o simplemente, a una opción legislativa mediante la cual el Legislador, titular como es de un “poder de configuración” de lo criminal, explícitamente decide que de dichos bienes jurídicos no se puede disponer.

Así por ejemplo, pese a la amplitud de su planteamiento en el sentido de que la Constitución consagra la libertad de acción sin fijarle ningún tipo de limitaciones o de condicionamientos expresos, ROXIN señala que el consentimiento no puede fundamentar la impunidad de la participación en actos de disposición de la vida, dada la necesidad de

En contra, DíEZ RIPOLLÉS, para quien propiciar “la omnipresencia de la referencia social puede terminar restringiendo la protección de la salud en ámbitos sin claras connotaciones de relación social”, p. 24; añadiendo que “(a) mi juicio el doble concepto de integridad y salud personales sigue representando la más adecuada formulación del bien jurídico protegido, siempre que se acepte la idea de que en ningún momento deben incluirse trastornos que no puedan vincularse directamente a la vertiente física o mental del ser humano, y que no se persista en la idea de identificar ausencia de salud exclusivamente con enfermedad”, p. 25.

protección por la irreversibilidad de las decisiones al respecto, y de crear tabúes en torno a este bien jurídico³³¹.

En relación con los criterios propuestos en el ámbito del homicidio, se señala también, en el caso de las lesiones, que el bien jurídico merece una especial tutela, dadas las “trascendentales y en ocasiones irreparables consecuencias de una decisión de renuncia a tal bien jurídico”, lo que “hace razonable el establecimiento de especiales garantías, tanto en su ejecución como en la constatación de una voluntad decidida al respecto”³³².

Esa limitación es compartida por amplios sectores doctrinales y discutida con énfasis por quienes sostienen la inexistencia de criterios razonables más válidos que los derivados del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para limitar el ejercicio de facultades que se

³³¹ Por ello afirma: “Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana”, y añade poco más adelante: “un consentimiento precipitado o influido por alteraciones psíquicas desconocidas puede causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma; y la creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolida el respeto por la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico” ROXIN, *DP PG*, T. I, Prg. 13 nro. 35, p. 529.

En sentido similar ESER/BURKHARDT, *DP*, p. 279; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5 ed., p. 405.

³³² DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, p. 132, previo a lo cual había manifestado que “la importancia del bien jurídico implicado... aconseja que los poderes públicos más allá del respeto y protección a la salud e integridad personales favorezcan su mantenimiento tanto a través de medidas de bienestar social y asistenciales como desincentivadoras de su renuncia” (cursiva añadida).

MUÑOZ CONDE también sostiene la necesidad de imponer límites a la eficacia eximente del consentimiento en estos ámbitos en aras de la protección de la dignidad humana: “Hay que ser consciente de que una relevancia plena del consentimiento en estos ámbitos puede debilitar la protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física de las personas que se encuentran en situación precaria y aceptan los peligros, o incluso la lesión, porque no tienen otra salida (...) También el caso de las huelgas de hambre puede ser, como ya hemos dicho..., un ejemplo de hasta que punto puede ser peligroso dar relevancia a la voluntad del titular del bien jurídico de asumir riesgos muy graves para su salud y su propia vida, cuando se encuentra en una situación de privación de la libertad... Tampoco el cobayismo, la venta de sangre o de órganos para trasplantes puede justificarse sin más apelando al consentimiento. Y no solo porque, al fin y al cabo, ya está prohibido por la Ley General de Sanidad o la de Trasplantes (...) y porque, de algún modo, se pueden entender como supuestos de voluntad viciada (...), sino porque además son prácticas atentatorias a la dignidad humana o sumamente peligrosas para la vida”, *DP, PE*, 16 ed., pp. 128,129.

entienden con origen constitucional³³³. La invocación de estos últimos argumentos ha desplazado la discusión a ámbitos distintos y anteriores incluso al Derecho penal; sin embargo, es cierto que en general se adolece de una regulación constitucional expresa, lo que lleva a algunos autores a entender que dicho silencio implica una delegación al Legislador para que resuelva el asunto, sin que el vacío deba llenarse con declaraciones que se pretenden congruentes con programas constitucionales carentes de contenido normativo expreso.

Esta vía para fundamentar el limitado papel del consentimiento en materia de lesiones es la escogida por Díez RIPOLLÉS, quien tras aludir al alcance conferido por el Tribunal Constitucional español al art. 15 CE, consagratorio del derecho a la vida y a la integridad física, manifiesta que

“Del citado artículo, sin embargo, no cabría sacar conclusiones adicionales sobre un reconocimiento de la disponibilidad de la propia salud e integridad.

La pretensión de incorporar tal contenido al derecho fundamental a partir de la configuración de nuestro Estado como democrático de Derecho, de la presencia del valor superior de nuestro ordenamiento de la libertad (art. 1.1), y del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10,1) tropieza en primer lugar con *la limitada eficacia hermenéutica que a tales principios procede atribuir, en cuanto que no tienen más virtualidad que la de precisar los contornos de unos derechos fundamentales y libertades públicas previamente estructurados, sin que puedan asumir la función de principios autónomos* capaces de añadir nuevos elementos no incorporados en su configuración inicial; en segundo lugar, *la interpretación de tales principios dista de ser inequívoca, dada su necesaria coordinación con otros principios mencionados al mismo nivel*. Tampoco parece razonable atribuir a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17), que debe entenderse en todo caso como libertad física o ambulatoria, intimidad (art. 18), libertad

³³³ Así por ejemplo, CORCOY, quien de manera muy dicente señala que: “...la Constitución establece con meridiana claridad que tanto la vida, como la salud, la dignidad, la libertad, la seguridad, la intimidad, y el honor son derechos fundamentales de la persona que deben de ser protegidos por los poderes públicos. Es decir, respecto del estado, la Constitución no le otorga un derecho para proteger estos bienes jurídicos fundamentales sino exclusivamente un deber, por lo que debería de entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho, sino que, por el contrario, renuncia a él”, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, p. 261.

ideológica (art. 16.1) o igualdad (art. 14) la suficiente potencialidad como para integrar dentro de ellos de modo general la idea de la disponibilidad de la salud e integridad personales. Refuerza toda la argumentación anterior la persistencia postconstitucional del antiguo art. 428.1, su implícita revalidación por la reciente jurisprudencia constitucional y el mantenimiento de la punición de las lesiones consentidas constitutivas de delito en el nuevo Código”³³⁴.

De esa manera, la existencia de disposiciones legales (como la que tipifica la inducción o ayuda al suicidio, o el homicidio consentido, o los artículos que reducen la pena en los casos de lesiones personales consentidas) que resolverían el vacío dejado por el constituyente, o que desarrollarían su pretensión de limitar las posibilidades de disposición sobre bienes jurídicos fundamentales, ofrecen una solución segura al problema de la disponibilidad sobre determinados bienes jurídicos³³⁵.

En la línea que invoca el vacío constitucional, haciendo del desarrollo legal la clave de solución del asunto, se encuentran argumentos que avalan la existencia de límites insuperables a la posibilidad de disponer de bienes jurídicos como la vida o la salud, o la admisión de eventuales excepciones a ellos, como los preceptos que en derecho alemán condicionan la licitud del consentimiento a que no se contravengan las buenas costumbres³³⁶, o que en el

³³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, pp. 130-131. Sin cursiva en el original.

Decía el artículo 428 del CP derogado: “Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediere el consentimiento del lesionado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por éstos, ni por sus representantes legales.

El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 425 de este Código”

³³⁵ En esta línea, por ejemplo, afirmaba AG. JORGE BARREIRO en 1982 que “en un principio el consentimiento es relevante y tiene eficacia excluyente, salvo que el legislador considere que excepcionalmente determinadas lesiones consentidas deben ser castigadas”, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento”, p. 16.

³³⁶ Eso le permite señalar al autor citado, que la salud como regla general es disponible, con la excepción del prg 216 del StGB de que el acto de disposición atente contra las buenas costumbres, lo que entiende

ordenamiento español, prevén una disminuyente punitiva apenas, para la generalidad de lesiones consentidas, por lo que la prohibición de disponer constituiría la regla general en esta materia. Esa sería la razón para que mediante la consagración de los arts. 155 y 156 CP el Legislador español optara, en apariencia al menos, por otorgar al consentimiento en las lesiones una eficacia tan limitada.

En relación con el alcance de la eficacia eximente de responsabilidad del consentimiento en materia de lesiones, hay quienes consideran que no existe ninguna razón para sancionar, por ejemplo, las lesiones inferidas en el desarrollo de prácticas sexuales violentas consentidas (que no quedarían incluidas dentro de las hipótesis consagradas por el art. 156 CP español, en las que el consentimiento excluye la responsabilidad); además de lo extraño que resulta considerar que ciertos procedimientos médicos de tipo no curativo (como sería el caso, por ejemplo, de una cirugía estética de reducción de senos; o por el contrario, del implante de silicona para aumentar su tamaño, que tampoco resultan incluidas en dicha disposición)³³⁷, no excluyan la responsabilidad penal, sino que apenas la atenúen, sin ofrecer ningún criterio que explique las razones para dispensar ese trato diferenciado a las diversas

constitucionalmente legítimo dada la regulación alemana, ROXIN, *DP, PG*, T. I, Lecc. 13 nro. 36, p. 529. Similar ESER/BURKHARDT, *DP*, p. 279; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5 ed., p. 405.

En la doctrina española SEGURA GARCÍA asume una postura similar: “Ahora bien, igualmente por decisión legal, la esfera de autogobierno reconocida a cada ciudadano no tiene carácter absoluto, sino que, en ocasiones, se establecen determinadas limitaciones derivadas, bien de la necesidad de defensa de los derechos fundamentales de otros ciudadanos, bien de las exigencias derivadas del propio Estado democrático, que eleva a la categoría de interés general, asumiendo como obligación propia su tutela, el que no se produzca un debilitamiento del principio de del respeto a determinados bienes en el seno de la comunidad. Y en este caso se encuentran, concretamente en el Código Penal español de 1995 los bienes jurídicos vida y salud, respecto de los cuales el legislador ha limitado la capacidad de disposición, en el sentido de no concederle al titular la facultad de transmitir a un tercero la facultad legal de disposición sobre el sustrato, posibilidad que, sin embargo, sí se le reconoce a él mismo”. *El consentimiento*, p. 117.

³³⁷ El carácter curativo o no de los procedimientos estéticos ha sido objeto de discusiones álgidas en la doctrina. Algunos autores proponen una concepción muy amplia de lo que debe entenderse por curativo, así por ejemplo, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU: “es poco concebible una intervención que no sea tendente a mejorar la salud: la más nimia operación de cirugía estética, aun la más aparentemente caprichosa, mejora la salud psíquica del sujeto”, en COBO Y OTROS, *DP, PE*, p. 597.

De todas maneras y de conformidad con los puntos de partida, esa discusión tiene un carácter marcadamente accesorio: tanto esos procedimientos como los propiamente curativos quedan cubiertos por el riesgo permitido. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El consentimiento informado”, p. 471.

hipótesis en las que medie el consentimiento; máxime, si se tiene en cuenta que los casos previstos en el texto del citado artículo (trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugías transexuales) estrechamente relacionados con el ejercicio de la medicina, pueden implicar una afectación irreversible de importantes funciones vitales, como la de la reproducción, o aquella para la que sirviera el órgano donado.

De una interpretación literal del art. 156 se derivaría que si un delincuente internacional solicita a un cirujano plástico una cirugía que cambie la configuración de su rostro, en procura de eludir así la persecución de las autoridades, y es operado con éxito, la no inclusión de dicho procedimiento entre las intervenciones que según la norma contenida en el artículo citado exoneran de responsabilidad, haría típica de lesiones personales (dolosas por demás) la actuación del médico, pues un cambio de fisonomía como el llevado a cabo sería una deformidad del art. 149 CP. Sin embargo, atribuir responsabilidad penal por lesiones personales al médico del ejemplo sería una decisión difícilmente justificable, pues en ejercicio de su facultad de determinación en el ámbito relativo a su integridad corporal fue el paciente quien dispuso que se realizara el procedimiento. Cosa distinta es la posible responsabilidad penal por encubrimiento en el caso de que el delincuente sea perseguido por alguno de los supuestos previstos en el art. 451, nral. 3 CP.

La redacción de los arts. 155 y 156 CP, y una interpretación de los mismos ceñida al texto legal, generan un sinfín de contradicciones y obligan a realizar unos esfuerzos de construcción teórica coherente que permita superarlas; pues la limitación del consentimiento eximente de responsabilidad a los supuestos allí mencionados sin duda es insatisfactoria³³⁸; más allá de los cuestionamientos ya formulados acerca del modelo de relación entre el Estado y el ciudadano que ello supone, existen actuaciones de carácter estrictamente médico en las

³³⁸ El efecto eximente de responsabilidad del consentimiento en Dp español en relación con los delitos de lesiones personales es sumamente limitado si se atiende al texto legal, lo que desde los presupuestos asumidos, sugiere realizar una interpretación restrictiva de la norma correspondiente. GARCÍA ARÁN, por ejemplo, manifiesta que a pesar del texto legal, el espacio de operancia del consentimiento como eximente de responsabilidad en relación con los delitos de lesiones personales, debe ser mayor del señalado en el art. 156 CP español: “Piénsese en la sumisión a prácticas sadomasoquistas o a actos de curanderismo que pueden afectar a la salud o diversos supuestos de autopuesta en peligro como los citados por Muñoz Conde: relaciones sexuales con una persona seropositiva, negativa a aceptar un tratamiento salvador, etc.”, “Comentario al art. 155”, p. 131; incluyendo así hipótesis que según lo que se propondrá aquí no se corresponden con la figura jurídica del consentimiento.

que no se justifica valorar como típica la actuación. Piénsese por ejemplo, en el supuesto de un paciente diabético que requiere la amputación de una extremidad en proceso de gangrenarse y que autoriza la realización del procedimiento por los riesgos para su vida de no controlar la infección. De acuerdo con la solución legal, dicha actuación sería típica y en el mejor de los casos estaría justificada, como en el caso de una paciente que solicitara la realización de una cirugía plástica de reducción del tamaño de sus mamas, que estaría autorizando así la producción de un resultado de amputación (parcial) de éstas.

Lo insatisfactorio del limitado tratamiento que como causal de atipicidad, y eximente de responsabilidad en cuanto tal, se dispensa al consentimiento a las lesiones en el art. 156 CPE, hace aparecer como razonables los planteamientos de quienes entienden que el consentimiento en la realización del resultado debe excluir en todos los casos la tipicidad.

El único problema que subsistiría en caso de acogerse esta propuesta sería la del tratamiento de los casos de consentimiento del titular del bien jurídico vida para que se le mate; no solo en casos en que la víctima pretende poner fin a intensos sufrimientos que venga padeciendo, es decir, eventos de homicidio consentido simple o de eutanasia³³⁹.

Frente a la opción acogida por el Legislador de sancionar en este ámbito, en lo que influyen una serie de cuestiones de política criminal y de filosofía política que la explican, y que por pertenecer al ámbito de lo valorable son discutibles, amplios sectores de la doctrina señalan tanto lo insatisfactorio de las fórmulas correspondientes, como de la regulación del consentimiento en las lesiones en el CPE, que declara atípicas solo algunas intervenciones quirúrgicas, proponiendo una interpretación extensiva que comprenda supuestos adicionales a los previstos en ella³⁴⁰.

³³⁹ BACIGALUPO por ejemplo, al aludir al ámbito de protección de la vida, señala que “el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento del orden político y de la paz social (art. 10,1 CE) no permite desconocer en la protección penal de los bienes jurídicos personales un cierto grado de autodeterminación de la persona protegida, aunque, en ciertos casos de conflicto, el reconocimiento no sea total”, “El consentimiento en los delitos contra la vida”, p. 152. Otras referencias en nota 346.

³⁴⁰ Tras hacer un recuento de los regímenes legales anteriores al CP de 1995, como preámbulo al análisis de la regulación del consentimiento en este mismo estatuto, manifiesta MUÑOZ CONDE que “La regulación que prevé el art. 155 del Código Penal de 1995 no solo no resuelve satisfactoriamente el problema, sino que lo complica aún más”, *DP, PE*, 18 ed., p. 121.

De todas maneras, la fundamentación de los bienes jurídicos individuales en clave de libre desarrollo de la personalidad, exige valorar si los argumentos en pro de la indisponibilidad responden a razones superiores a las que se derivan de aquel derecho. Y la respuesta, vistas las razones que se invocan, no parece que pueda ser afirmativa.

Desde este punto de vista, hay que señalar que las restricciones a tales bienes jurídicos deben tener un carácter excepcional: la consideración de un bien jurídico individual como indisponible, solo tendría sentido por razones precisas y en aras de asegurar o proteger intereses más valiosos que los derivados de los derechos mencionados.

En los apartados siguientes se aludirá a la diferencia entre la aceptación de un resultado y la de acciones riesgosas, no encaminadas sin embargo a la producción del aquél, como una vía de análisis del problema que plantea la realización de actos de riesgo para la salud como consecuencia de los tratamientos médicos.

iii) Acción riesgosa y resultado como objetos diversos de aprobación

Como ya se planteó, la discusión sobre la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico se asienta sobre un dato que no se cuestiona: los actos de disposición por parte del titular en ningún caso le generan responsabilidad a él mismo. El sentido básico de la discusión penal sobre la indisponibilidad de los bienes jurídicos, dada la opción por no intervenir frente a sus titulares, que podría darse en casos como los de suicidios no consumados, tiene que ver entonces con la necesidad o no de prevenir la intervención de terceros en esos actos de disposición de la vida por parte del titular del bien jurídico (pues delitos con estructura semejante no existen en el ámbito de las lesiones personales), bien sea porque los ejecuten de manera directa, como en el caso del homicidio consentido, o bien porque faciliten al titular del bien jurídico su realización, en eventos como los de inducción o ayuda al suicidio.

La regla general en este ámbito, consiste entonces en que quien realiza actos de lesión del sustrato de los bienes jurídicos de los que es titular, está ejerciendo las potestades que le confiere esa condición y en ningún caso responde penalmente por ello; y que la actuación de terceros dentro del marco de esa decisión del titular de comprometer sus bienes jurídicos, también debe ser impune: así como no es delito autoinfligirse una lesión corporal, no debería serlo infligírsela a un tercero cuando se obra en consonancia con su voluntad (como sucede en

caso de relaciones sexuales sádomasoquistas). La excepción a la regla en este último ámbito demandará tipificación expresa.

Ahora bien, es posible sostener que no es lo mismo consentir en la afectación de un bien jurídico, que consentir en la generación de un riesgo para él.

Por supuesto, quien consiente la afectación del bien, autoriza la generación de riesgos previos a la lesión, como parte del proceso tendiente a la producción de aquel resultado; pero existen situaciones diversas que no son susceptibles de una conclusión similar: una persona podría consentir que el bien jurídico del que es titular sea sometido a situaciones de riesgo, sin que necesariamente por ello pretenda la producción del resultado lesivo.

La diferenciación entre peligrosidad de la actuación y resultado de lesión o de peligro que se intentó en la primera parte (cfr. I.,B.,1.), permite hacer precisiones en este ámbito³⁴¹, y proponer tratamientos distintos para situaciones diversas entre sí.

Las figuras típicas que avalan la afirmación sobre la indisponibilidad de la vida y la salud tienen una particularidad y es que pretenden prohibir actos dirigidos a la producción de un resultado desfavorable de muerte, como la ayuda eficaz al suicidio³⁴² o el homicidio consentido; o más claramente aún, un resultado de lesiones, como sucede en los casos de extracción de órganos para trasplantes, las esterilizaciones y la cirugía transexual.

³⁴¹ PEÑARANDA RAMOS por ejemplo, parte de esta distinción entre consentimiento al riesgo y al resultado, derivando de ella efectos en relación con la eficacia del consentimiento en las lesiones; sobre lo que dice que, “no es punible por delito de lesiones quien se autolesiona, ni quien consiente en ser lesionado, ni quien participa en unas autolesiones. Sobre todo ello existe unanimidad. Muy discutida resulta, en cambio la influencia que haya de ejercer el consentimiento del afectado sobre los terceros que intervengan en la producción de unas (hetero)lesiones”, “Capítulo V: Lesiones (I)”, p. 345.

GIMBERNAT asume también dicha diferenciación, pero atribuyéndole resultados muy distintos de los señalados aquí. Para este autor así como en los delitos dolosos es posible diferenciar entre la colaboración en autopuestas en peligro (que sería el caso de la inducción o ayuda al suicidio) y heteropuestas en peligro (que sería el caso del homicidio consentido), también en el caso de actuaciones imprudentes habría que diferenciar entre autopuestas (que serían impunes) y heteropuestas en peligro, que serían penalmente relevantes. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, pp. 434, 435.

³⁴² Aquí debe asumirse que en el caso de la inducción al suicidio, la estructura típica se asemeja más a la de un delito de peligro, lo que de todas maneras no desvirtúa la explicación propuesta: con este delito se pretende evitar la producción de un resultado de peligro para la vida del inducido.

Sin embargo, estas situaciones son distintas de aquellas en las que la persona acepta someterse a conductas de riesgo, en las cuales el titular del bien jurídico no pretende la lesión efectiva de éste, que sin embargo, podría producirse justamente como consecuencia del carácter riesgoso de la actuación. Por ejemplo, quien le entrega a otro el revólver con el que éste se dispone a apostar a la ruleta rusa, no le está ayudando a suicidarse, pues no es ese el sentido de la actuación de quien por el contrario aspira a ganar un dinero que sólo podrá disfrutar si sigue vivo, por más que de esa actuación pueda derivarse la muerte del apostador. Así mismo, quien acepta volar con un parapentista inexperto que va a dirigir el vuelo, se está sometiendo a una conducta de riesgo para su integridad física, pero en principio no está consintiendo ser lesionado.

Las situaciones en las que el agente consiente la realización de conductas que en abstracto pueden generar riesgos, deben recibir un tratamiento jurídico distinto al de aquellas en las cuales se consiente la lesión de un bien jurídico. Y existen razones convincentes para ello, que se expondrán más adelante (cfr. II.A.1.e.iii); que a su vez obligan a indagar por las reglas de atribución de los resultados indeseados que sobrevienen tras la ejecución de comportamientos de riesgo aceptados por la víctima.

En lo que a la autorización a terceros en el ámbito médico respecta, los supuestos de responsabilidad penal más frecuentes son aquellos en los cuales el titular del bien jurídico consiente la realización de actuaciones que aunque riesgosas, no van encaminadas a producir un resultado lesivo, pero que sí pueden producirlo cuando se ejecutan de manera impudente; es más, son numerosos los casos relacionados con problemas de formación de la voluntad, lo que sugiere indagar por vías específicas de solución en el ámbito de la autorización para la creación de riesgos o la producción de resultados, dadas las diferencias de su estructura.

a') La peligrosidad como característica de las actuaciones médicas

La peligrosidad es una característica general de las actuaciones médicas³⁴³. No solo de las orientadas a un fin de curación, sino también de las que apuntan a la producción de un resultado positivo pero que no implica, propiamente, la curación de una enfermedad física (como la extracción del órgano a un donante, la esterilización, o la amputación de órganos en las cirugías de cambio de sexo; e, incluso, las cirugías estéticas en las que resulta excesivo

³⁴³ El TS lo ha reconocido así, por ejemplo en la STS de 4 de septiembre de 1991, Mg. MARTÍNEZ-PEREDA.

pretender que siempre logran un efecto positivo a nivel emocional). Someterse a actuaciones caracterizadas por dicha peligrosidad implica el desarrollo de unas opciones de vida que el ordenamiento jurídico ampara.

La práctica médica permite encontrarse frente a actuaciones peligrosas en las que el riesgo se encauza hacia la producción de un resultado lesivo, o en las que este último no hace parte del proyecto de actuación. Un ejemplo de lo primero: un paciente que se va a someter a una cirugía de cambio de sexo, autorizará que como parte del procedimiento se le ampute el pene. Quien así obra, consiente la producción de un resultado lesivo³⁴⁴.

Los riesgos de resultados indeseados acompañan también las actuaciones en las que de manera directa se consiente la producción de un resultado que es el objetivo perseguido; así sucede cuando una paciente autoriza una tubectomía, que implica una esterilización, o la cirugía de cambio de sexo en que se va a amputar el pene, pero desarrolla más tarde y a consecuencia del procedimiento una infección de la herida quirúrgica que se extiende a otros órganos. Estos son riesgos ligados inmediatamente al acto autorizado.

Otro es el problema de riesgos no asociados de manera inmediata al procedimiento consentido, por ejemplo, cuando en el transcurso de una laparoscopia para la extracción del apéndice, con el instrumental quirúrgico se perfora el intestino del paciente, y se le genera una peritonitis. En este caso, se trata de la autorización para la realización de una cirugía, que para el caso, por tratarse de un procedimiento ciego en su parte inicial, acarrea riesgos que, según se verá más adelante, deben informarse al paciente. Si durante el procedimiento quirúrgico llega a perforarse el intestino de éste, se tratará de un efecto que salvo hipótesis exóticas, no desean ni el médico, ni el paciente, pero que de alguna manera, ni siquiera con una actuación profesional idónea, puede neutralizarse por completo.

Dado que las actuaciones médicas en general constituyen procedimientos riesgosos, la posibilidad de que se produzcan efectos adversos, indeseados, obliga a indagar por las

³⁴⁴ El que el acto médico se dirija a un determinado resultado, y éste se produzca, demuestra que el resultado no es un simple producto del azar, como lo confirma el supuesto antes mencionado de la emasculación; pero es cierto, sin embargo, que procedimientos de este tipo sí pueden generar resultados lesivos, no buscados, ni deseados, lo que obliga a preguntarse si se les pudiera considerar un mero objeto del azar, y sobre todo, cuál sería tratamiento a dispensarles en caso producirse.

condiciones que determinan la legitimidad de las mismas, y en concreto, por a quién han de atribuirse los efectos que constituyan la materialización de los riesgos asociados a ellas. Como se verá, la licitud de la actuación supone que enterado de los riesgos e implicaciones del acto médico, el paciente haya aceptado someterse a ellos. A efectos de la responsabilidad de los profesionales de la salud, será relevante que al consentir la realización del procedimiento, el paciente cuente con la información suficiente, que al permitirle decidir sobre la ejecución del acto y sus implicaciones, permita también atribuirle los posibles efectos adversos de la actuación del médico.

b') El consentimiento como aquiescencia respecto a la producción del resultado

En principio, que el titular del bien jurídico exprese su conformidad con la producción del resultado implica una exención de responsabilidad para quien lo causa. En los casos que menciona el art. 156 CPE la aceptación del titular del bien jurídico para que se le extraiga un órgano, o se le ampute un miembro, genera ese efecto. En el caso del homicidio consentido la persona autoriza que se le mate; pero en este caso una tipificación expresa del caso lo sustrae de la regla general, que es la impunidad.

Quien consiente en la producción de un resultado, acepta también la realización de la conducta orientada a ello y de los efectos que ésta necesariamente acarrea; y en esa medida la figura del consentimiento supone la aceptación del resultado por parte del titular del bien jurídico y también de forma necesaria, la ejecución de la conducta desplegada para alcanzarlo, como la antes mencionada amputación del pene en las cirugías de cambio de sexo.

Por ello, al referirse al objeto del consentimiento manifiesta ROXIN que el “Objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado; pues éste es una parte esencial del tipo (...)”.

Aunque esta definición del objeto del consentimiento parece relacionarse con la adscripción del resultado a la estructura de la tipicidad, permite entender que riesgo y resultado hacen parte de ese objeto. Tras dicha enunciación, este mismo autor precisa más adelante que la determinación del objeto del consentimiento puede diferir en los delitos dolosos y en los imprudentes:

“(q)ue el consentimiento debe referirse también al resultado es algo bastante evidente en los delitos dolosos. Sin embargo, en los hechos imprudentes es discutible si no puede darse un consentimiento en acciones y riesgos sin que simultáneamente se consienta en el resultado”³⁴⁵.

Esta cita sugiere un aspecto importante en relación con lo dicho: parece que el espacio en el que el consentimiento se desarrolla sin conflictos apenas es el de la realización de conductas dolosas, por ser ellas las que se dirigen a la producción del resultado. En los casos de obrar imprudente de un tercero, el consentimiento del titular del bien tendrá por objeto la conducta generadora del riesgo.

Como la estructura de ambas situaciones es diversa, pareciera razonable reservar el empleo de la figura del consentimiento para los eventos en los cuales el objeto de la autorización expresa del titular del bien es la producción del resultado, y analizar los casos de autorización para la realización del comportamiento de riesgo de acuerdo a otras estructuras.

c') La autorización a terceros para que creen o participen en situaciones de riesgo para los bienes jurídicos de quien autoriza

Como ya se señaló, además de los casos de consentimiento para la producción de un resultado que afecte el sustrato del bien jurídico, es muy frecuente que se autorice a terceros para que realicen o participen en la realización de acciones peligrosas para el bien, sin que la autorización comporte de parte de quien la brinda una toma de postura favorable a la efectiva lesión de éste.

³⁴⁵ ROXIN, *DP, PG*, T. I, ambas citas en la p. 535.

Sobre los alcances del consentimiento en el ámbito de la imprudencia se pronuncia BERDUGO al destacar los efectos que se derivan de diferenciar entre comportamiento riesgoso y resultado: “si lo que se quiere evitar es la realización de determinadas conductas que infringen un deber objetivo de cuidado, en cuanto suponen un peligro para determinados bienes jurídicos, el consentimiento en la acción falta de cuidado, el consentimiento en el riesgo, hace que este comportamiento quede fuera del ámbito penal”,... “Indudablemente si se defiende una concepción tradicional del delito culposos, esto es, que el núcleo de la antijuridicidad viene constituido por la producción de un resultado que lesiona un bien jurídico, si se quiere excluir ésta a través del consentimiento, éste tendrá que ir referido, necesariamente a la causación del resultado”, “El consentimiento en las lesiones”, pp. 215, 216.

La primera de las situaciones es la que se presenta en el ámbito de la práctica médica, en la cual se busca un resultado positivo para el bien jurídico de la integridad física o corporal, y no la producción de efectos adversos para ésta, mediante procedimientos que acarrearán riesgos. No se puede considerar que cuando un paciente se somete al riesgo propio del acto médico, que pudiera acarrearle resultados infaustos, esté renunciando a la preservación del bien jurídico. Como se verá, la aceptación de los riesgos implícitos del procedimiento influye sobre la licitud de la actuación y las responsabilidades que pudieran imputarse en caso de que esos riesgos deriven en resultados de lesión.

La autorización para la creación de riesgos para los bienes jurídicos de los que se es titular puede explicarse desde varias fuentes: desde una ponderación entre la salud y el bienestar que ella acarrea, y enfermedad, para el caso de los tratamientos curativos; o incluso desde el contexto de lo que MIR PUIG describe como opciones de vida³⁴⁶, que constituyen una manifestación del derecho a tomar decisiones autónomas sobre la manera de comportarse, en ejercicio del ya mencionado derecho al libre desarrollo de la personalidad; ello es muy claro en relación con procedimientos sin finalidad curativa, como la de quien pretende cambiar la configuración de alguna parte de su cuerpo, sin que su fisonomía previa le genere ninguna afectación emocional.

Si se parte de la base señalada líneas atrás de que el consentimiento comporta una autorización para la lesión del bien jurídico, los casos en que medie la autorización del titular del bien jurídico para la realización de una conducta peligrosa sin que se procure la lesión, constituirán situaciones distintas a las cubiertas por dicha figura³⁴⁷.

³⁴⁶ “Un sector de la doctrina admite la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida. En Derecho español ello puede fundarse en la consideración de tales acciones como manifestación del “libre desarrollo de la personalidad” que tutela la Constitución. Téngase en cuenta que respetar la voluntad del que consiente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado -cosa que rechaza el derecho vigente-, sino la de vivir peligrosamente”, MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., pp. 517, 518, nro. 29. En sentido similar, en “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, p. 267; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pp. 276 y ss; GARCÍA ALVAREZ, invocando la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, concluye que: “el bien jurídico vida, como derivación del derecho fundamental a la vida reconocido en nuestra Norma Fundamental, es disponible por su titular en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad”, *La puesta en peligro de la vida*, p. 497.

³⁴⁷ Aunque acepta la diferenciación entre el consentimiento para la lesión y para la puesta en peligro, SILVA SÁNCHEZ entiende que la regulación legal del consentimiento no permite legitimar, salvo una eventual fórmula

Hace muchos años la doctrina advirtió la particularidad de estos casos, y por ello, fue estructurando criterios de análisis que matizaban la figura del consentimiento. Así, con el paso del tiempo y la consolidación de la teoría de la imputación objetiva, ROXIN propuso unas categorías que permitirían analizar esta problemática en el ámbito del tipo objetivo. Esas categorías fueron la de (colaboración para una) autopuesta en peligro y la de la puesta en peligro de los bienes jurídicos de un tercero consentida por él; diferencia que se asentaría sobre la identidad del ejecutor de la conducta de riesgo: el titular del bien jurídico en el primer caso, o un tercero, en el segundo.

La idea básica que anima la primera de las figuras mencionadas es la de que si la realización de actos de lesión de los bienes jurídicos propios es impune, en virtud de la accesoriedad de la participación también debería serlo la participación de terceros en tales actos; y que con mayor razón debería ser también impune la participación en actos menos graves que los orientados a la lesión del bien, como son los que comporten su puesta en peligro por parte del titular del bien jurídico³⁴⁸.

En lo atinente a las *heteropuestas en peligro con autorización del titular del bien jurídico*, se propuso su impunidad en los casos que estructuralmente pudieran equipararse con

interpretativa que no desarrolla, cualquiera de las dos situaciones: “a partir de la regulación legal, y a reserva de una interpretación correctora que habría de efectuarse a partir de la peculiar estructura dogmática de los delitos imprudentes, parece que debería entenderse que el consentimiento al riesgo de lesiones imprudentes no exime de responsabilidad al autor de las mismas, sino que solo atenúa dicha responsabilidad. *A fortiori* mucho más cabría descartar la eficacia eximente del consentimiento en los casos de homicidio imprudente”, “El sistema de incriminación de la imprudencia y sus consecuencias”, p. 111.

³⁴⁸ “Dado que según el derecho alemán es en principio impune la participación en el suicidio, es decir en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro)”, ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 387.

En España, GIMBERNAT, que rechaza el efecto eximente de responsabilidad de las heteropuestas en peligro consentidas, pero defiende la impunidad de las autopuestas en peligro con esta argumentación: “Como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencia de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima”, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, p. 445.

las autopuestas en peligro; lo que para ROXIN podría predicarse cuando la lesión del bien jurídico fuera

“la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y que el sujeto puesto en peligro (tuviera) la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro”,

y además, cuando el titular del bien jurídico fuera consciente del riesgo “en la misma medida que quien le pone en peligro”³⁴⁹.

En estos casos, la constatación de que el titular del bien jurídico había asumido los efectos de la exposición del bien a la situación de riesgo aunque la actuación material fuera realizada por terceros, permite atribuirle jurídicamente a aquél, y no a éstos, el efecto de lesión o de puesta en peligro del mismo. El tipo, diría ROXIN, “no está destinado a impedir tales sucesos”³⁵⁰.

La atribución al ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico del resultado que llegara a producirse como consecuencia de la peligrosidad de la actuación, sería

³⁴⁹ ROXIN, *DP, PG.*, T. I, p. 395.

La equiparación que al final el propio ROXIN propugna entre estas dos categorías ha dado lugar a la formulación de críticas por parte de la doctrina que no ve siempre clara la necesidad de una diferencia que aunque, según los críticos no se soporta sobre criterios materiales, de todas formas reconocen que “prepara el terreno para la aplicación” de éstos, CANCIO, *Conducta de la víctima*, p. 181.

³⁵⁰ ROXIN, *DP, PG.*, T. I, p. 387, nro. 85. A continuación destaca la importancia que la cuestión reviste en el ámbito de los delitos dolosos; aunque señalando que está llamada a aplicarse básicamente en el ámbito de los delitos imprudentes. Y dentro de la categoría que él denomina ámbito del tipo, que constituiría un tercero momento de la imputación objetiva (además de la creación del riesgo desaprobado y la realización de éste en el resultado): propone desarrollar los criterios de puesta en peligro de un tercero consentida por él; de imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno; y de daños causados por shock y segundos daños.

De otro lado, la alusión a los resultados que pretendería evitar la norma, sugiere aludir a la crítica de GIMBERNAT a la propuesta de vinculación del problema del dominio del riesgo por la víctima o un tercero, con el denominado “fin de protección de la norma”, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro:..”, pp. 436,437.

consecuencia del reconocimiento de distintos ámbitos de competencias dentro de la dinámica social y de la distribución de responsabilidades diversas por causa de ello³⁵¹.

ROXIN rechaza los intentos doctrinales por explicar estas figuras a partir del consentimiento del titular del bien jurídico, manifestando que quien acepta que éste se ponga en peligro no está expresando por ello su conformidad con la ocurrencia del resultado, como sí ocurre en los casos de consentimiento. Según este autor, la autorización para el despliegue de una situación de riesgo no alcanzaría a abarcar el resultado (como componente que es del injusto); de manera que subsistiendo el desvalor de resultado no podría hablarse de la plena exclusión del injusto³⁵².

El último de los argumentos mencionados como fundamento del rechazo al empleo del consentimiento en este ámbito, aunque correcto, se asienta sobre una premisa discutible; pues se podría replicar que si el consentimiento sobre el riesgo anula el desvalor de acción, ello debería excluir la existencia de un injusto, incluso aunque subsistiera un desvalor de resultado; dado que el injusto presupone la existencia de ambos juicios de desvalor, y no de uno solo³⁵³.

³⁵¹ Sobre la existencia de ámbitos de responsabilidad del actor y de la víctima pueden verse las distintas colaboraciones a *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, obra colectiva coordinada por DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN.

³⁵² “Casos de este tipo son legión en el tráfico moderno. La opinión dominante y en muchos casos también la jurisprudencia intentan solucionarlos con la figura jurídica del consentimiento del posteriormente lesionado (...). Pero éste es un camino impracticable. En efecto, raramente se dará un consentimiento en el resultado incluso en caso de meras lesiones, ya que el que se expone al riesgo suele confiar en un final feliz; ahora bien un consentimiento en la mera puesta en peligro solo podría excluir el injusto si el resultado no fuera también componente esencial del injusto (...). Y a esto se añade que en los homicidios la idea jurídica del § 216 se opone a la eficacia del consentimiento”. ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 394.

³⁵³ Lo que llama la atención si se tiene en cuenta que el mismo ROXIN, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, destaca la necesidad del doble juicio de desvalor, con una matización que no se corresponde con este caso: “...en Derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción; pero perfectamente se puede prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido”, *DP, PG*, T. I, p. 324, nro. 96.

En el moderno derecho penal se proponen algunas situaciones que permitirán constituir un injusto en ausencia de alguno de desvalor de resultado, como sería el caso de la tentativa inidónea o de los delitos de peligro abstracto, cuya punibilidad no deja de presentarse como muy cuestionable.

Otras críticas se han formulado al planteamiento del profesor alemán³⁵⁴. Inicialmente se señaló que el argumento relativo a la impunidad de la inducción o ayuda al suicidio no sería de recibo en ordenamientos jurídicos como el español o el colombiano, en los que, contrario al alemán, se tipifican esos hechos.

Esta crítica, sin embargo, tiene un valor relativo. Como ha destacado CANCIO MELIÁ, el que la inducción o ayuda al suicidio requieran de tipificación expresa, permite entender que la regla general es la impunidad de todos los actos de participación en la puesta en peligro del bien jurídico por parte de su titular³⁵⁵.

Otra crítica tiene que ver con la forma como se propone graduar la gravedad de las actuaciones objeto de valoración, y más allá de ello, con la equiparación de supuestos valorativamente diversos.

Sobre lo primero afirma CANCIO:

“se ha señalado frecuentemente que la fijación de los términos ‘*maior*’ y ‘*minor*’ (...) es incorrecta. En este sentido dice PUPPE que la autolesión es una disposición válida, mientras que la autopuesta en peligro no es un *minus* sino en cierto modo un ‘*maius*’ ya que no se dispone sobre el objeto del bien jurídico”³⁵⁶;

y sobre lo segundo, este mismo autor manifiesta:

“en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida -en efecto: intervenir en la disposición está tipificado-, mientras que en el contexto de las puestas en peligro (el ámbito del no-suicidio...) el significado de la conducta -ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que se produzca la muerte- es muy distinto. En este otro ámbito, el suceso ‘viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos’, lo que le

³⁵⁴ Una valoración general de la propuesta en GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida*, pp. 63-74.

³⁵⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, cap. 2.

³⁵⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 192; el análisis de PUPPE en *La imputación objetiva*, pp. 137 y ss.

priva del significado de constituir una lesión-disposición del bien en el sentido de las normas que incriminan la intervención en un suicidio ajeno”³⁵⁷.

A la diferenciación propuesta por ROXIN se le criticó también la dificultad para aplicarla en los casos en los cuales los sujetos “activo y pasivo” concurren a realizar la actuación de riesgo, como cuando se sostienen relaciones sexuales con una pareja de quien se sabe que está infectada por el virus del VIH³⁵⁸. Ello dio lugar a que se criticara el que la ejecución de la conducta de riesgo fuera el criterio de la diferenciación entre estas dos categorías³⁵⁹.

La doctrina empezó a derivar resultados tangibles de dicha diferenciación, que pronto gozó de amplia aceptación³⁶⁰.

³⁵⁷ En este sentido CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 48-49. En el mismo sentido manifiesta GIMBERNAT que un hecho del que imprudentemente se deriva una automuerte no es un suicidio, por lo que si la participación dolosa en una autolesión dolosa es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación imprudente en una autolesión dolosa, y, con mayor motivo aún, la participación imprudente en una autolesión imprudente”, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro”, pp. 444, 445.

³⁵⁸ Sobre esta problemática, SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA”, B) II, pp. 41 y ss.

³⁵⁹ Analizando el principio de autorresponsabilidad manifiesta FEJOO que “no se le puede imputar un riesgo o una lesión a alguien cuando el riesgo o la lesión es fruto de una decisión libre y responsable del sujeto pasivo”, “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, p. 297.

³⁶⁰ BERDUGO, por ejemplo, retomando un análisis anterior sobre el “consentimiento para la ejecución de actuaciones imprudentes”, ha vinculado dichas categorías a la responsabilidad por imprudencia, manifestado lo siguiente: “En primer lugar, el desarrollo dogmático de la imputación objetiva traslada a este ámbito el principio de “autopuesta en peligro”, al excluir la imputación objetiva en los casos en los que la víctima asume de forma voluntaria y consciente una situación de riesgo. Las consecuencias prácticas del camino del consentimiento en el riesgo basada en la responsabilidad de la salud y la vía de la autopuesta en peligro son las mismas siempre que se defienda la disponibilidad de la salud.

En segundo lugar, sobre el consentimiento en el riesgo rigen los mismos límites que se han expuesto en relación con las lesiones dolosas, es decir, su trascendencia se vincula a los mismos principios constitucionales que ya hemos enunciado, de dignidad y libre desarrollo de la personalidad” “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, pp. 56, 57.

En el mismo sentido, CASAS BARQUERO para quien: “Se trata de supuestos derivados de la acción imprudente de otra persona, que, de una u otra forma, ha dado su consentimiento. Por eso, se dice que no se incluye en el

Como un intento de superar las dificultades advertidas en el planteamiento de ROXIN, aunque reconociendo la validez material del mismo, la doctrina efectuó otras propuestas orientadas a establecer las implicaciones de la aceptación por parte del titular del bien jurídico y víctima eventual de la realización del comportamiento peligroso.

Una fórmula que ha logrado una amplia difusión fue la que propuso un principio de autorresponsabilidad, en función del cual se pretende establecer la responsabilidad que cabría al titular del bien jurídico por la exposición del mismo a situaciones de riesgo, con independencia de quien fuera el ejecutor material de las mismas. CANCIO MELIÁ, por ejemplo, alude a este principio al que entiende derivado del modelo de ciudadano que delinea la Constitución, que según él:

“parte, en todo caso, de que éste -es decir, el ciudadano- tiene capacidad para autodeterminarse. Ello no sólo se manifiesta en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infringen las normas jurídico-penales, sino que debe tener repercusiones también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios los que intervienen en el hecho. En este sentido, por regla general no se responde del comportamiento de otros. Por ello..., cuando la víctima ha intervenido junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo -a salvo de ciertas situaciones- éste no deberá responder, ya que no puede ser hecho responsable de lo realizado por la víctima”³⁶¹.

Dicho planteamiento gira alrededor de una idea básica de la que otros autores también extraen consecuencias para el Derecho penal: que de la Constitución se deriva un modelo de ciudadano responsable, competente en cuanto tal o para decidir de manera autónoma la suerte de los bienes jurídicos de los que es titular, o para asumir en cabeza propia las consecuencias de su actuación. Y cualquiera sea la línea por la que se opte para fundamentar la exoneración de responsabilidad del tercero que participa en una situación de riesgo consentida por el titular del bien jurídico, existe un fondo que se asienta sobre la libertad de configuración autónoma

ámbito (...) de conductas negligentes, aquellos casos en que la persona afronta el riesgo que surge de una ya existente fuente de peligro o incluso los supuestos en los que siendo el sujeto partícipe de la acción imprudente, tiene como consecuencia un resultado lesivo”, *El consentimiento*, p. 43.

³⁶¹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 275-276.

por parte del ciudadano de sus decisiones vitales que trasladan hasta él las consecuencias de las decisiones que de manera libre haya adoptado.

Siendo ello así, pertenecen al ámbito de responsabilidad del titular las decisiones adoptadas por él respecto a sus bienes jurídicos. Y ello, con independencia de quien haya sido el ejecutor de la actuación que materializa dicha decisión. Sin embargo, a la manera de ROXIN, este autor también considera que la atribución a la víctima de los efectos del hecho en que concurre un tercero en virtud del ejercicio de la autorresponsabilidad, supone unos elementos, que concreta así:

“La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar- la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima”³⁶².

La idea de responsabilidad del titular del bien jurídico es destacada por otros autores que a partir de diferenciar entre sujetos responsables y no responsables, proponen el tratamiento a dispensar a los casos en los cuales el titular del bien jurídico autoriza a un tercero su puesta en peligro o lo hace él directamente. Así por ejemplo, FRISCH, al enmarcar la cuestión en el carácter disponible o no del bien, sostiene que:

“proteger a personas de las consecuencias de sus propias actividades peligrosas, prohibiendo a terceros determinadas acciones posibilitadoras o favorecedoras, conduce a no respetar la libertad de desarrollarse de la víctima que se trata de proteger y se manifiesta frente a una persona responsable como una tutela imposible de plantear”³⁶³.

³⁶² CANCIO/PEÑARANDA, “Primer comentario”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (Coords), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, pp. 30-31; en sentido similar en CANCIO *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pp. 290-297; y FEIJOO, “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, IV.3., pp. 301 y ss.

³⁶³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 175, con un preámbulo de la cuestión en p. 137.

La vinculación de esta propuesta al modelo constitucional de ciudadano le permite a este autor afrontar las objeciones que se derivan de modelos legislativos que prohíben las conductas de riesgo asumidas libremente por el titular del bien jurídico; sobre todo, cuando comprometen la vida. Desde esas premisas constitucionales resulta difícil justificar la punición de la actuación riesgosa realizada con la autorización del titular jurídicamente competente del bien jurídico, salvo, como se propuso también en relación con el consentimiento, que existan intereses superiores que determinen la prohibición.

La idea básica del principio de autorresponsabilidad es la de que en virtud de su conocimiento de la situación de riesgo y de su consentimiento en someterse a él, el titular del bien jurídico incorpora el riesgo a su ámbito de responsabilidad, aunque el ejecutor material de la actividad sea una persona distinta.

GIMBERNAT ha expresado una enfática oposición al principio de autorresponsabilidad, cuestionando las “supuestas consideraciones constitucionales” que permitirían diferenciar ámbitos de competencia respecto a los riesgos, concretando sus objeciones de la siguiente manera:

“En primer lugar, ..., este proceso de argumentación con principios ‘competenciales’ lleva al callejón sin salida de que en los supuestos que estamos estudiando todos los intervinientes –tanto quienes generan imprudentemente el autopeligro como quienes, como autores materiales, heterolesionan a quienes aceptan la situación de riesgo, como las víctimas que asumen el peligro- son “competentes –los unos sobre la base del “principio de autorresponsabilidad, y los otros, del de la prohibición jurídico penal de la causación dolosa o imprudente de bienes jurídicos ajenos-, y con ello, responsables de las consecuencias lesivas.

La segunda objeción que hay que formular al ‘principio de autorresponsabilidad’ –de acuerdo con el cual, siempre que la víctima asuma el riesgo de lesión, a ella deben imputársele, con carácter exclusivo y eximiendo de cualquier responsabilidad a los terceros, los resultados típicos sobrevenidos- es que si alguna cosa hay segura es que ese principio no es el que rige en el Derecho penal vigente. Pues nuestro Código penal, no de manera excepcional y no generalizable, sino con carácter absoluto, ha establecido que en todos los delitos contra la vida la inducción y la cooperación al suicidio de personas autorresponsables..., no excluye sino que deja intacta la

punibilidad de quienes participan en la muerte...Asimismo, y con carácter absoluto -...- el Código penal vigente ha establecido -...- que quien lesiona a una persona autorresponsable con su consentimiento -...- es punible por unas lesiones del art. 155, sin que ese supuesto ‘principio de autorresponsabilidad’ tenga virtualidad alguna para impedir la ineludible aplicación al autor de dicho precepto”³⁶⁴.

Esta argumentación podría cuestionarse. De un lado, porque hace de la causalidad un factor excluyente, más que condicionante, de consideraciones normativas a la hora de establecer la tipicidad penal; cuando se afirma que el titular del bien jurídico y el tercero son responsables por igual de la causación del resultado, lo que para este autor conduce al callejón sin salida que denuncia de ser uno y otro responsables del resultado, solo sería tal si se desatienden las consecuencias del planteamiento de la tesis criticada, que justamente defiende la no imputación del resultado al tercero. Resulta razonable entender entonces, y aquí se manifestó la coincidencia con los planteamientos de este autor al respecto, que en los delitos de resultado material la causalidad se considere un presupuesto de la responsabilidad penal; pero también se expresó que éste era un elemento que opera en el nivel de los presupuestos de los elementos normativos que deben determinar la responsabilidad. Una comprensión del bien jurídico como la propuesta aquí hace razonable no imputar el resultado típico a quien obra en consonancia con la decisión del titular del bien jurídico de exponerlo a determinado riesgos.

De otro lado, esta crítica se asienta sobre la premisa de la identidad de dos situaciones que aquí también se han diferenciado: la de la autorización para lesionar el bien jurídico, y la que tiene por objeto su puesta en peligro. El argumento según el cual quien consiente ser matado está realizando algo que materialmente es distinto a quien consiente ser sometido a un riesgo no se desvirtúa por los ejemplos extraídos del derecho positivo que cita este autor. La asimilación entre ambas situaciones impide advertir las diferencias de matices entre ellas y permite advertir también las implicaciones de lo que es usual en la práctica de los profesionales de la salud: el someterse los pacientes a actuaciones que aunque orientadas a la curación o a la producción de un resultado satisfactorio, por su peligrosidad pudieran derivar

³⁶⁴ GIMBERNAT, “Imputación objetiva, participación”, p. 442. Más adelante (pp. 442 y 443) complementa estas argumentaciones aludiendo a la renuencia de la jurisprudencia española a reconocer la compensación de culpas como un factor que pudiera excluir la responsabilidad del tercero en estos casos.

en la producción de resultados adversos, indeseados tanto por el actor como por la víctima, en este caso el paciente³⁶⁵.

En el ámbito de la práctica médica, la imposibilidad de neutralizar por completo los riesgos asociados a la actuación, y el hecho de que esos peligros remanentes puedan materializarse en resultados lesivos, obliga a establecer mecanismos que permitan asignar responsabilidades o al profesional o al paciente; sobre todo en los casos en que el primero, conocedor de las posibilidades de lesión, hubiera debido advertírselas al paciente, para que éste pudiera decidir de manera libre si se sometía a ellos o no.

El *consentimiento informado* ha sido el mecanismo mediante el cual se atribuyen responsabilidades entre quienes, conocedores de las implicaciones de la actuación de riesgo, optaron por su ejecución, derivándose de ella un resultado típico.

Si bien es cierto que en estos casos hablar de la atribución de responsabilidad a la víctima podría sugerir que ésta debiera asumir alguna sanción por el obrar, lo que se quiere decir cuando se emplea esta expresión es que del hecho no podrían derivarse responsabilidades para terceros.

Para terminar, la forma como se determina la licitud de las actuaciones entre actor y víctima permite entender que la alusión de GIMBERNAT a la pertinencia de trasladar a este ámbito la cuestión de la compensación de culpas no siempre es correcta: la licitud de la actuación puede determinarse al margen de que el sujeto obre infringiendo los preceptos de la *lex artis*, en lo que a la ejecución técnicamente adecuada del comportamiento respecta, que pareciera ser la forma en que este autor entiende la imprudencia, sin incluir lo atinente a los deberes de información.

³⁶⁵ Algunos de los ejemplos propuestos por GIMBERNAT no parecen referirse a eventos en los que exista una disposición conjunta de ambos sujetos para la exposición al riesgo del bien jurídico (una mujer habitualmente maltratada que no denuncia ni cesa de convivir con el compañero que finalmente le causa la muerte, o un peatón imprudente que es arrollado por un vehículo conducido a exceso de velocidad); son casos en los cuales no existe un proyecto común, ni un propósito compartido, que sería lo propio de los casos en los que la heteropuesta en peligro podría equipararse a la autopuesta en peligro. Las críticas del autor mencionado en “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro...”, pp. 445-447.

Las ideas expuestas permiten considerar que las estructuras propuestas por la doctrina en relación con los ámbitos de competencias del titular del bien jurídico y de terceros, ofrecen una solución razonable para uno de los problemas que más dificultad generan en el caso de las actuaciones de los profesionales de la salud: la responsabilidad por la producción de resultados que son consecuencia de riesgos inherentes al mismo acto médico.

iv) La polémica sobre la unidad o la duplicidad de funciones del consentimiento

En relación con la discusión anterior debe aludirse a la que se plantea sobre la función dogmática del consentimiento, respecto a la cual existen también posiciones dispares. Así, un amplio sector de la doctrina considera que éste se puede desdoblar en dos causales distintas de exclusión de la responsabilidad: una de atipicidad (el acuerdo o conformidad) y otra, de justificación (el consentimiento propiamente). Esta distinción, que se atribuye a GEERDS³⁶⁶, se fundamentaría en la existencia de unos tipos penales que incorporan a su estructura la necesidad de actuar en contra de la voluntad del sujeto activo, y de otros en los que además de un bien jurídico se protege la capacidad de disposición sobre el mismo, supuestos en los que el consentimiento sería una causal de atipicidad, mientras que en los casos en que el tipo penal protege un bien jurídico disponible, pero sin exigir que se obre contra la voluntad del titular del bien y sin proteger la capacidad de disposición sobre él, el consentimiento obra como causal de justificación³⁶⁷.

³⁶⁶ Por todos, véanse DE VICENTE REMESAL, “Consentimiento y acuerdo ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, p. 121; DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo*, p. 142.

³⁶⁷ En este sentido CEREZO MIR, *Curso*, II, 6 ed., pp. 326-331.

En España se manifiestan también en favor de la tesis diferenciadora, autores como CASAS BARQUERO, “La importancia del consentimiento”, pp. 216, 217; DÍEZ RIPOLLÉS, quien pese a otorgarle una eficacia muy limitada al consentimiento señala que cuando la ley le reconoce efecto opera como causal de atipicidad por impedir la constitución del injusto específico; mientras que en supuestos problemáticos como el de las actividades médicas no curativas sería una causal de justificación, *Los delitos de lesiones*, pp. 134 y 136, respectivamente; ROMEO CASABONA, “El consentimiento en las lesiones en el proyecto de CP de 1980”, p. 276 .

Defiende una naturaleza compleja del consentimiento como causal de atipicidad, de atenuación y de justificación, PEÑARANDA, “Capítulo V, Lesiones (1)”, pp. 368 y ss.; KINDHÄUSER, por su parte, entiende que la naturaleza del consentimiento es la de “una exclusión del injusto sui generis, y más precisamente: una razón que bajo determinados presupuestos suprime la validez de la norma de prohibición respectiva”, “Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Dp”, pp. 17, 18.

En los últimos años, sin embargo, se ha consolidado una corriente de opinión para la cual el consentimiento constituye una única causal de exclusión de la responsabilidad, propiamente de atipicidad del hecho. Sus argumentos parten básicamente de reconocer que el bien jurídico está integrado por la facultad de disposición, de lo que se derivaría que es artificiosa la distinción entre las dos funciones que se atribuyen al consentimiento. Esa duplicidad de funciones, dice la crítica, explicaría las dificultades para determinar si en el caso concreto se está frente a un supuesto de conformidad o de consentimiento; además de la dificultad para reconducir el consentimiento a los principios fundadores de las causales de justificación³⁶⁸.

Los argumentos relacionados con la conceptualización del bien jurídico que proponen los defensores de la teoría monista, aquí asumida, relativos a la existencia de un ámbito de autonomía del titular respecto a la forma como a través del bien ha de configurar sus relaciones sociales, y que permiten entender que ante la existencia de consentimiento no existe lesión del bien jurídico, hacen más convincente la tesis que confiere a éste en todos los casos, el carácter de causal de atipicidad.

v) El denominado “consentimiento informado” en materia médica

Las reflexiones anteriores sobre la participación de terceros en la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno resultan pertinentes para explicar el problema que subyace al denominando consentimiento informado del paciente. El desarrollo de la cuestión en el último tiempo está vinculado de forma estrecha a un modelo específico de ciudadano: uno con capacidad de decidir sobre las cuestiones que atañen a su vida y a su salud, que no es un simple sujeto pasivo de las decisiones que respecto a él adoptan personas investidas de una autoridad derivada de sus conocimientos o sus capacidades, o de la actividad social que desempeñan; este modelo de ciudadano y sus efectos son recogidos en la ley 41 de 2002 que como regla general exige recabar el consentimiento del paciente a los tratamientos médicos, previéndose solo dos excepciones a ese deber, consagradas en el art. 9,2:

³⁶⁸ Sobre las críticas a la teoría diferenciadora, pueden verse los planteamientos de ROXIN, *DP, PG*, T. I, pp. 516-526; y en España los de POLAÍNO-ORTS, “Alegato a favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad”, p. 197.

“a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley...

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

La primera de las excepciones apunta al tratamiento médico obligatorio que es el que se realiza, aun contra la voluntad del paciente, porque de no ejecutarse implicaría la generación de riesgos para la salud pública³⁶⁹. En estos casos, pese a la necesidad de ejecutar el tratamiento incluso contra la voluntad del paciente, para proteger a la comunidad, la legislación ha previsto un mecanismo de control judicial prácticamente inmediato para los casos en que deba internarse al enfermo en un establecimiento médico, que parte de la comunicación a la autoridad judicial sobre la adopción de la medida, en un plazo de 24 horas desde su adopción³⁷⁰.

La segunda, más que una excepción a la necesidad de consentimiento, ante el desconocimiento de la que hubiera sido la voluntad del paciente, lo que pretende es establecer un mecanismo que ayude a determinar cuál hubiera sido dicha voluntad. Ése es el denominado consentimiento presunto.

La literatura que ha estudiado el papel fundamental del consentimiento del paciente en la licitud de la actuación médica, permite concluir que éste se alcanza al pasar de un modelo paternalista en el que el profesional de la salud, gracias a sus conocimientos, era quien determinaba lo bueno y adecuado para el paciente, decidiendo en consecuencia lo que se debía hacer en cada caso para el beneficio de éste, a un modelo liberal de respeto a la

³⁶⁹ Como supuestos de tratamiento médico obligatorio alude ESER a las vacunaciones ordenadas legalmente o al tratamiento de enfermedades contagiosas, “Problemas de justificación en la actividad médica”, p. 26.

Interpretando la regulación legal española, DOMÍNGUEZ LUELMO concluye que según ésta “Además de realizar las acciones preventivas generales, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, las autoridades sanitarias pueden adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 281.

³⁷⁰ Al respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 281.

autonomía del titular del bien, quien ha de decidir lo que estima bueno para sí, y lo que en función de ello está dispuesto a asumir o a padecer.

Como ya se ha planteado en varios momentos, el acto médico, que en principio busca la curación de una dolencia o enfermedad, acarrea riesgos para la salud. Mediante la figura del consentimiento informado y a través del suministro de información que él supone, el paciente decide si se somete a la actividad curativa y con ella a los riesgos que le son inherentes, incluso aunque se ejecute adecuadamente. El suministro de la información debida y la decisión que con base en ella adopte el paciente permite establecer un régimen de reparto de “responsabilidades” frente a los eventuales resultados lesivos que de ella se derivan.

En efecto, sin la autorización derivada del suministro de una adecuada información, los riesgos de la actuación médica quedan radicados en cabeza de quien los genere, es decir, el profesional de la medicina, que por falta de la información no ha permitido al paciente decidir al respecto y en caso de estar dispuesto a someterse a ello, asumir las consecuencias derivadas de su existencia. La información y posterior aceptación de los riesgos, traslada la responsabilidad por ellos al paciente. Así las cosas, si de alguno de los riesgos inherentes al acto médico se derivara un resultado de lesión, en principio éste se le deberá imputar a quien jurídicamente los haya asumido.

De esa manera, el “consentimiento” que en condiciones normales presta el paciente, constituye el mecanismo idóneo para radicar en cabeza suya los riesgos derivados de la prestación sanitaria realizada por un tercero, siempre que al emitirlo se cumpla con las condiciones impuestas por el ordenamiento jurídico que se refieren a continuación.

a’) Condiciones atinentes a la formación de la voluntad

Aunque como ya se dijo, se ha entendido aquí que el consentimiento supone un acto de disposición efectiva del bien jurídico, al autorizar su lesión, los requisitos que según la ley penal adjetivan el consentimiento para hacerlo formalmente válido, pueden ser trasladados a este ámbito, sin perder de vista que el objeto del consentimiento en uno y otro caso es distinto³⁷¹.

³⁷¹ PEÑARANDA advierte sobre la necesidad de tener en cuenta algunas especificidades que plantea la actuación en el ámbito médico en relación con los requisitos del consentimiento, “Cap. V: Las lesiones”, p. 387.

Es decir, que los requisitos exigidos por el Legislador en el art. 155 del CPE para consentir en la lesión del bien jurídico, y que implican que la decisión se debe emitir “válida, libre, espontánea y expresamente”, caracterizan una actitud de la voluntad³⁷² que bien puede trasladarse al ámbito de la puesta en peligro de los bienes jurídicos.

Sobre estos requisitos en el ámbito del acto médico, son pertinentes unas breves ideas: la validez del consentimiento, no es la misma exigida por la ley civil para la celebración de negocios jurídicos. La doctrina ha entendido que en estos casos no es necesaria una edad determinada, siendo suficiente que la persona pueda entender y valorar adecuadamente las implicaciones del acto al que se va a someter³⁷³; cuando se trata de menores de edad sin esa capacidad, o de personas incapacitadas por otras razones para tomar una decisión consciente y madura, la legislación ha delegado en terceros la adopción de la correspondiente decisión³⁷⁴.

³⁷² JORGE BARREIRO hablaría de “un acto verdadero de autodeterminación, es decir, que sea expresión de la libertad de decisión individual”, “La relevancia jurídico penal del consentimiento”, p. 23; en sentido similar, CASAS, “La importancia del consentimiento”, p. 223.

Sobre el sentido de protección general de la voluntad en estos casos manifiesta GÓMEZ RIVERO que “el presupuesto lógico en la tarea de diseñar las coordenadas que garanticen la libertad de la toma de decisión del enfermo es la ausencia tanto de presiones externas que condicionen su voluntad, como de vicios de origen interno”, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 78.

³⁷³ En el ámbito de la responsabilidad médica entre otros, se han manifestado JORGE BARREIRO,; “Los intentos doctrinales de acudir a ciertos límites temporales (14,16 o 18 años) de la edad del paciente para determinar su capacidad de consentir solo pueden tener un valor indicativo, siendo lo relevante que el paciente tenga capacidad natural de juicio y de discernimiento, o,..., que reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir”, “Consentimiento informado y autonomía del paciente”, p. 41; en sentido similar en “La relevancia jurídico penal del consentimiento”, p. 23; FRISCH, “Consentimiento e consentimiento presumido”, p. 74;

³⁷⁴ Aunque en general se acepta que la edad no determina la validez del consentimiento en algún caso específico, el de un paciente testigo de Jehová de trece años, que ante la falta de oposición de sus padres a una transfusión requerida por él, reaccionó con *terror* (la expresión es de la sentencia) rechazando dicho tratamiento, el TS condenó a los padres, absueltos en la sentencia de instancia, y manifestó que: “*La posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a la transfusión de sangre. Como destaca el Ministerio Fiscal, en los razonamientos de su recurso, el derecho positivo aporta expresivos ejemplos acerca de la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida*”, STS de 27 de junio de 1997, Mg. GRANADOS P.

El requisito de libertad apunta a que el paciente, libre de coacciones, amenazas o imposiciones de terceros, decida si se somete o no al acto médico. Deberá ser él quien, a la vista de los intereses comprometidos o involucrados, disponga al respecto, teniendo en cuenta los riesgos e implicaciones del acto.

Ello implica que para que el consentimiento sea libre es fundamental emitirlo en condiciones en las que se puedan valorar adecuadamente sus implicaciones; para lo cual es determinante que se haya podido acceder a la información que permita sopesar las ventajas y desventajas de la decisión³⁷⁵.

Consentimiento espontáneo es el emitido de manera autónoma por una persona a quien se le han brindado todos los elementos que le permitan tomar la decisión que más se ajuste a sus intereses. Y por esa necesidad de ofrecer elementos que le permitan al paciente decidir, es que su juicio debe estar antecedido por el suministro de elementos de decisión, salvo que él decida renunciar a ellos.

Para que el consentimiento sea expreso, el paciente debe ser consultado sobre su decisión de someterse al acto médico y a sus implicaciones y manifestar su aceptación. En este contexto, expreso, significa explícito e inequívoco.

Este requisito se presenta problemático, si por vía inversa se quisiera señalar que el consentimiento tácito no exime de responsabilidad: quien es informado y con su actitud anuente permite que se le siga tratando, estará consintiendo, por más que la seguridad jurídica recomiende la manifestación expresa de autorización al tratamiento; por ello, aunque la

³⁷⁵ “Para que el consentimiento sea libre y voluntario, esto es, sin vicios que lo invaliden, sin manipulaciones ni coacciones, es necesario que el sujeto esté suficientemente informado”, MORILLAS, “Aspectos penales del consentimiento informado”, p. 773; en sentido similar, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: “...lo esencial, como punto de partida para valorar la validez y eficacia del consentimiento informado que ha de prestarse en relación a cualquier intervención médico sanitaria, depende de forma directa de la información recibida, cuya transmisión es obligación ineludible del médico responsable del paciente, y por extensión del centro sanitario donde se realiza la intervención”, “Intervención médica y consentimiento informado”, p. 68.

legislación prevé que el consentimiento conste por escrito, la jurisprudencia ha admitido la existencia de libertad de prueba al respecto³⁷⁶.

b') Otros requisitos en materia de consentimiento

La doctrina suele dedicar un espacio detallado al contenido del deber de información, asunto que como ya se ha manifestado, constituye un presupuesto de la expresión del consentimiento válido. Más allá sin embargo, de las reflexiones de la doctrina, la Legislación consagra normativamente algunas de las reglas de solución del asunto. En concreto, el art. 10 de la LGS consagra los derechos de “Todos...con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias”, mencionando en concreto, y para lo que aquí interesa, los siguientes:

“5. A que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”³⁷⁷.

³⁷⁶ Así por ejemplo, en lo relativo a la forma del consentimiento, pese a que la LGS refiere que éste debe constar por escrito, la STS de 3 de octubre de 1997, que analiza el caso de un paciente anciano que fallece por una broncoaspiración por vómito, tras una cirugía urológica. Ante la pretensión de la acusación particular de que se revocara la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial, invocando la falta de documentación escrita del consentimiento informado, el TS manifestó que no es necesaria ninguna formalidad específica para que el consentimiento surta efectos penales: “*El intento de otorgar indispensable relevancia a la constatación formal del “consentimiento informado” cuando éste se ha prestado de tan evidente manera, aceptando las previsiones facultativas formuladas al paciente y a sus familiares más allegados antes de la intervención quirúrgica por el doctor que había de practicarla es llevar a cotas de exasperación defensiva inaceptable intereses de contenido distinto del puro sentimiento o afectividad una vez que el propio querellante admite, expresamente en el apartado segundo de la querella, que tal consentimiento existió*”.

Posteriormente, la Ley 41 de 2002, “sobre derechos del paciente, información y documentación clínica”, en su art. 8,1 (reiterando casi de manera textual una idea expresada en el art. 2,2 de la misma ley) dispone que:

“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 (que consagra el “derecho a la información asistencial”, se añade), haya valorado las opciones propias del caso”.

Respecto a la información que se debe suministrar a efectos de posibilitarle al paciente una decisión razonada, el art. 10,1 señala que es la relativa a

- “a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones”.

De estas disposiciones y de las regulaciones restantes se puede concluir que la información la deben suministrar los profesionales que intervengan en la atención, lo que en un medio caracterizado por la división de funciones, puede suponer que ella se brinde en cada una de las fases de la atención a dispensar (sobre la necesidad y los riesgos del procedimiento a desplegar por cada profesional que intervenga en el proceso); así mismo, que dicha

³⁷⁷ La STS de 26 de octubre de 1995 Mg. PUERTA L., se ocupa de un caso en el que la defensa de un médico tocoginecólogo invocaba una situación de urgencia para no haber recabado el consentimiento. Se trata de una paciente a la que tras la complicación de una cesárea se le realizó una apendicectomía profiláctica y una ligadura de trompas de falopio. Respecto a esta última situación manifiesta la sentencia que: “*En cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención..., salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico “estado de necesidad”. En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada, ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello lo hace, no puede “justificar” su conducta alegando haber actuado en el legítimo ejercicio de su profesión*”.

información debe cobijar los efectos y riesgos probables de la actuación, las contraindicaciones del tratamiento y las implicaciones para la vida y la salud futuras del paciente de no realizarlo.

La doctrina intenta precisar la extensión del deber de información en lo que a los riesgos respecta, más allá de las concretas regulaciones legales. FRISCH, por ejemplo, sostiene que:

“El objetivo principal de la información ha de ser asegurar al paciente la posibilidad de decidir: si –según su sistema de valores- tiene sentido autorizar una determinada intervención, o si, por el contrario, debe oponerse a ella. Para lograrlo, el paciente seguramente ha de ser informado, sobre todo, sobre la intervención planeada, su envergadura y consecuencias, así como sobre los riesgos (específicos) que le son inherentes. Es obvio que la información no puede limitarse a esas circunstancias. Determinante para que alguien pueda decir si se somete a una intervención será también saber qué razones la aconsejan. Así mismo, el paciente debe ser informado sobre las razones a favor de la intervención médica, su urgencia y las consecuencias de no realizar el tratamiento a la dolencia diagnosticada”³⁷⁸.

Esta cita permite advertir el problema que afronta la doctrina al fijar límites ciertos al deber de informar. Desde luego, no se discute la necesidad de comunicar lo atinente al diagnóstico de la enfermedad, al beneficio que el acto médico pudiera reportarle al paciente y sus posibles riesgos, implicaciones y alternativas; pues solo de esta manera el enfermo podrá valorar la conveniencia del acto y decidir si se somete o no a él.

Establecida esta premisa, deben concretarse los riesgos que son objeto de advertencia³⁷⁹. La doctrina mayoritaria entiende que deben informarse los riesgos de común

³⁷⁸ FRISCH, “Consentimiento e consentimiento presumido”, pp. 78,79.

³⁷⁹ Antes de la expedición de la normativa citada, afirmaba AG. JORGE BARREIRO que: “El objeto del consentimiento del paciente es el tratamiento médico-quirúrgico realizado correctamente, de acuerdo con la *lex artis*, con fin curativo, y con sus riesgos inherentes, pero no abarca el resultado, que es aleatorio”, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento”, p. 26; dicho consentimiento debería estar precedido de una información que “se referirá al estado de cosas (resultado del examen médico) de la situación del paciente y a la intervención médica como tal. La información del médico versará fundamentalmente sobre el diagnóstico y sobre el tratamiento en sí considerado (proceso, riesgos y consecuencias accesorias)”, p. 28.

ocurrencia en actos como el que se va a realizar, que algunos denominan riesgos típicos³⁸⁰. Ello incluye la posibilidad de que el tratamiento resulte ineficaz o incluso contraproducente.

La información debería brindarla quien haya de generar el riesgo, aunque en los modernos esquemas de reparto de funciones, y dado que más que el cumplimiento de un deber formal se pretende que el paciente cuente con los elementos que le permitan la toma de decisión, no existe inconveniente en que la brinden otras personas³⁸¹.

Como regla general, el titular del derecho a recibir la información y a consentir el acto médico es el paciente, con las excepciones que se expresarán más adelante en relación con los consentimientos denominados presuntos y por representación. El paciente, además, puede

³⁸⁰ GÓMEZ RIVERO señala tres clases de riesgos que deberían ser informados al paciente, que tienen en común el que deben ser previsibles, pero cuyas diferencias no especifica esta autora: los típicos de la intervención, los riesgos generales derivados de posibles complicaciones y los riesgos que con frecuencia suelen asociarse a una intervención, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., pp. 89, 90. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS considera que “no informar de los que la ley considera riesgos seguros o de las contraindicaciones, genera claramente responsabilidades jurídicas ... todos los riesgos que pueden derivar del acto médico concreto han de ponerse en conocimiento del paciente, bastando con que puedan considerarse riesgos previsibles, siendo tal carácter independiente de su frecuencia estadística”, “Intervención médica y consentimiento informado”, p. 75.

Una detallada exposición sobre la diferenciación entre riesgos típicos y atípicos y sus efectos en lo civil, en DOMÍNGUEZ, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, pp. 316 y ss.

³⁸¹ Ello será posible según GÓMEZ RIVERO si se cumplen dos “presupuestos lógicos: El primero, que el profesional que facilite la información esté lo suficientemente cualificado como para responder con exactitud a cada una de las cuestiones que pudiera plantearle el paciente; el segundo, que en los casos de delegación el médico delegante se asegure que el delegado facilite toda la información pertinente al enfermo”, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 94.

La STS de 1 de febrero de 2002, Mg. PUERTA L., plantea una serie de cuestiones relevantes en relación con la temática que se trata en este momento. El caso es el de una esterilización, por petición materna, de una paciente aquejada por síndrome de Down, a la que se operó sin que los médicos exigieran la presentación de la autorización judicial que debió tramitarse con anterioridad. En este caso se procesó a dos gineco-obstetras: al que intervino a la paciente y al jefe del servicio correspondiente, quienes fueron condenados por el Tribunal de instancia. Ambos, sin embargo, fueron absueltos en el trámite de la casación; y en lo que al primero respecta, se manifiesta que el deber de obtener el consentimiento no le correspondía a él como cirujano, dándole la razón a su afirmación de que “*el no podía suspender o retrasar la intervención quirúrgica allí, ya en el quirófano, pues él tendría que presumir que cuando la paciente es llevada al recinto operatorio es porque ya se han cumplido todos los requisitos necesarios para ello*” con independencia “*de que él ignorase que para dicha intervención era precisa la previa autorización judicial*”.

autorizar que la información se suministre a terceros; y en el caso de pacientes que padezcan mermas en su capacidad de comprensión, aquella debe suministrárseles a ellos, pero también a sus representantes legales (art. 5 Ley 41/2002).

Queda claro también que el llamado a consentir es el paciente que tenga una adecuada capacidad de comprensión del sentido e implicaciones del acto. Cuando no la tenga, el ordenamiento jurídico radica la posibilidad de consentir en sus representantes legales³⁸².

El deber del médico correlativo al derecho del paciente a recibir información no tiene que hacerse efectivo en casos en que éste renuncie a dicho derecho, o cuando se trate de personas que cuenten ya con la información suficiente para adoptar una decisión autónoma.

En aras de lo que constituye su objetivo, la información debe suministrarse con anterioridad a la ejecución del acto médico.

Dispone también la ley que el consentimiento es revocable, y que en algunos casos (los de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos *invasores*, y procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre el paciente”, art. 8,2) debe brindarse por escrito; esta última exigencia, sin embargo, no determina *per se* la posible responsabilidad del profesional, si se acredita por cualquier medio que la información fue brindada.

Ello significa que la relevancia penal de la infracción de estas regulaciones estará en función de la forma como ellas resulten adecuadas a los fines de protección de bienes jurídicos o a su compatibilidad con las estructuras de la responsabilidad penal.

En este sentido, entonces, la inexistencia de consentimiento escrito en alguno de los casos para los cuales la ley lo exige, devendrá penalmente irrelevante si la información ha sido suministrada de manera verbal y en vista de ello, el paciente ha manifestado su autorización para la realización del procedimiento.

³⁸² El art. 9,3.c) Ley 41/2002 dispone que se otorgará el consentimiento por representación “Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos...”.

De igual manera, sobre todo si se acepta el recurso a los cursos causales hipotéticos, ha de considerarse lícita la actuación en la que no obstante no haber recabado con anterioridad el consentimiento del paciente, se acredite que en caso de habersele suministrado oportunamente la información adecuada, éste habría aceptado someterse al procedimiento con los riesgos que le eran inherentes³⁸³.

Esta última cuestión toca con la problemática del consentimiento presunto, con la cual se busca establecer la licitud de actuaciones en las que es necesario actuar sobre el paciente sin que éste esté en condiciones de dar su asentimiento. Como diría ROXIN ésta es una figura a medio camino entre el consentimiento y el estado de necesidad³⁸⁴, mediante la cual se trata de reconstruir lo que habría sido la voluntad del paciente respecto a la ocurrencia de una situación de compromiso de su bien jurídico; y ello es lo que permite marcar diferencias en relación con el estado de necesidad, pues en este caso no se trata de adoptar la decisión que en mayor medida parezca convenir a los intereses del paciente, sino la que, de conformidad con la información disponible él hubiera adoptado, incluso aunque objetivamente no parezca la más razonable.

La legislación prevé que la posibilidad de dar cabida al consentimiento presunto en el caso de los profesionales de la salud, es siempre subsidiaria; pues prima en todo caso el “consentimiento por representación” (art. 9,3 ley 41 de 2002), en cuya virtud ha de atenderse a la manifestación de las personas vinculadas al paciente “por razones familiares o de hecho”, cuando se trate de pacientes incapaces de tomar decisiones; o a la manifestación de los representantes legales en el caso de “pacientes incapacitados legalmente o menores de edad”³⁸⁵.

³⁸³ Incluso un autor como ROXIN, renuente al empleo de los cursos causales hipotéticos, al analizar el consentimiento presunto acepta este efecto: “Si el afectado está conforme o incluso se alegra de la conducta de quien ha interferido en sus bienes jurídicos, el estado no puede criminalizar al sujeto activo”, *DP, PG*, T. I., p. 767, nro. 7,

³⁸⁴ De esa cercanía a ambas instituciones derivaría el que el mismo ROXIN, renuente a la diferenciación de un consentimiento constitutivo de una causal de atipicidad y otro generador de una justificante, entienda sin embargo que el consentimiento presunto es una causal de justificación, *DP, PG*, T. I., p. 765, nro. 3

³⁸⁵ La ya mencionada STS de 26 de octubre de 1995, Mg. PUERTA L., pareciera abrir la posibilidad abstracta de que lo que en ella se denomina el “consentimiento presunto” pudiera recabarse de los parientes de la paciente que por estar bajo los efectos de la anestesia no puede consentir la ligadura de trompas que se le realizó. Señala

En los casos en que el paciente haya perdido la capacidad de expresar su voluntad, no puede descartarse la posibilidad de que los facultados por la ley para representarlo a efectos de emitir el consentimiento, adopten decisiones que no se ajusten a lo que según los elementos de juicio obrantes, habría sido la decisión de aquél. En estos casos parece llamada a operar la figura del consentimiento presunto y no la del consentimiento por representación, pues de acuerdo con la normativa legal en los casos de consentimiento presunto, ha de consultarse “cuando las circunstancias lo permitan”, la opinión de los familiares o de las personas vinculadas con el paciente, sin que su concepto sea obligatorio; por ello, quien desatendiendo la expresión de estas últimas personas, actúe en consonancia con lo que estima habría sido la voluntad del paciente, podrá invocar la eximente de consentimiento presunto o por lo menos el error respecto a los elementos de la misma.

Finalmente, se ha discutido mucho la problemática que suscita el llamado *privilegio terapéutico*, consistente en la posibilidad de no suministrar información a los pacientes a quienes ésta pudiera causarles graves efectos adversos, por ejemplo, por el impacto psicológico que les produciría la noticia de la gravedad de su estado o de la enfermedad que padecen³⁸⁶: la decisión de estructurar los efectos jurídicos del consentimiento en función de un modelo autonomista de decisión, implica que toda la información se les debe brindar a los pacientes, salvo renuncia de su parte a recibirla. En principio, entonces, el ocultamiento de la información al paciente implica que la actuación del profesional sea ilícita. La decisión del profesional de ocultar información al paciente sobre la base de los efectos que aquélla hubiera de generar en él, si de parte de éste no se ha renunciado al derecho a tener dicha información, seguirá siendo ilícita, desde un modelo autonomista³⁸⁷. Dicha actuación entonces solo parece

la sentencia que el médico “*decidió personalmente la intervención sin consultar siquiera el consentimiento de los familiares o personas allegadas de la mujer que pudieran acompañarla... como medio de conocer lo que, según tales personas conocedoras de la forma de pensar y de actuar de la interesada, ésta hubiera podido decidir en estas condiciones*”; sin embargo del contexto parece desprenderse que se trata más de un argumento retórico que de una vía que, de haberse intentado, pudiera legitimar en efecto la actuación del profesional.

³⁸⁶ HIGHTON/WIERZBA entienden que el denominado privilegio terapéutico, al que reconocen como un derecho médico, procede respecto de pacientes “con tal desequilibrio emocional que no estaría(n) en condiciones de manejar la información como para llegar a una decisión racional o para llegar a decisión alguna; o de una hipótesis en que la revelación de los riesgos complicaría el tratamiento o supondría detrimento psíquico para el enfermo”, *La relación médico-paciente*, p. 328.

³⁸⁷ GÓMEZ RIVERO señala que “la legitimidad de esta actitud paternalista había de excluirse en aras de garantizar otros derechos de aquél de mayor calado, como su *libertad* e incluso su *dignidad*”; no obstante lo cual, señala a

legitimable por la vía de un eventual error de prohibición indirecto, si el médico consideró obrar al amparo de una causal de licitud inexistente.

c') Requisitos atinentes a la competencia del paciente sobre el riesgo.

Como se demostró, la teoría que defiende la diferenciación entre autopuestas y heteropuestas en peligro y la que propone su remplazo por el principio de autorresponsabilidad, no presentan diferencias estructurales en su configuración.

Los requisitos que se proponen para radicar el riesgo en el ámbito de responsabilidad de la víctima en virtud de la autorización de ésta para la actuación del tercero, suponen, según la propuesta doctrinal mayoritaria ya mencionada, que se realice la misma actuación que fue objeto de autorización, que el nivel de conocimiento sobre la peligrosidad del hecho sea similar, y que el tercero no sea garante de los bienes jurídicos que resultarán comprometidos con el hecho.

Sobre la identidad de las condiciones en las que se genera el riesgo hay que tener en cuenta que, salvo variables de interés básicamente académico, el paciente brinda su consentimiento para la ejecución de un acto cuidadoso. En una situación tal, si la actuación del médico contraría la *lex artis*, y la peligrosidad generada por ella es desaprobada, los riesgos no se desplazan al paciente, sino que se radican en cabeza de aquél.

Pero no solo eso. Como se trata de asegurar al paciente el cumplimiento de su decisión, en principio, el acto médico habrá de realizarse con la técnica que le fue propuesta y aceptada por él (por ejemplo, cuando existe la posibilidad de realización de una laparotomía o de una laparoscopia, ha de atenderse a su voluntad, por las implicaciones estéticas, de incapacidad, o de cualquier otro tipo que una y otra técnica acarreen). Solo en esas condiciones podrá decirse que se desplegó la misma conducta que fue objeto de aceptación.

Al requisito de un similar nivel de conocimientos entre el titular del bien jurídico y el tercero, apunta el deber de información que integra el consentimiento (informado). Sin la

continuación que las eximentes de responsabilidad de estado de necesidad o de error sobre los presupuestos de una causal de justificación serían viables, lo que parece cuestionable en relación con la primera de las causales si los bienes del paciente en juego son justamente la libertad y la dignidad. *La responsabilidad penal del médico*, pp. 173 (de donde se extrajo la cita) a 175.

autorización del paciente después de suministrada la información pertinente, no podrá hablarse de la existencia de un consentimiento idóneo para radicar en cabeza suya los riesgos de la actuación médica.

Evidentemente no se busca una plena equiparación entre los conocimientos del profesional y los del paciente; lo que se pretende garantizarle a éste es una información que le permita formarse una idea clara acerca del significado e implicaciones del acto; para que en estas condiciones decida si asume someterse a los riesgos, que de esa manera se radicarían en cabeza suya.

El último requisito que posibilitaría la equiparación consiste en que el tercero no sea garante de los bienes jurídicos que se van a ver expuestos a la peligrosidad de la actuación³⁸⁸. En el ejercicio de las profesiones de la salud, este requisito se presenta problemático por varias razones. En lo fundamental, porque el inicio del tratamiento médico torna al profesional de la salud en garante, lo que impediría en todos los casos relevar a éste de la responsabilidad por el riesgo; por esa razón y tratándose de una actividad socialmente positiva y necesaria, como el ejercicio de la medicina, orientada además en la generalidad de los casos a la neutralización de riesgos preexistentes derivados de enfermedades, traumas, o de procesos de deterioro del organismo, este requisito se puede entender como la limitación de exponer a aquél con quien se ostenta una posición de garante no nacida en la relación médico-paciente, a actividades sin carácter curativo, como por ejemplo a procesos de experimentación terapéutica. Procedimientos de carácter meramente satisfactivo, dada su naturaleza y su vinculación a la autopercepción de quien ha de someterse a ellos no deberían realizarse más que como una decisión dependiente por completo del paciente.

De no ser así, una interpretación literal de este requisito impediría en cualquier caso, liberar de responsabilidad al profesional de la medicina por los posibles riesgos que hubieran de generarse con su actuación, lo que carece de razón de ser en el contexto planteado.

³⁸⁸ Sobre este requisito, CANCIO MELIÁ, quien entiende que se trata de casos en que el autor tiene a su cargo una relación de tutela en virtud de una determinada organización de la actividad arriesgada o de posiciones derivadas de un vínculo estrecho entre autor y víctima, que establecen al autor una función de protección, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pp. 308 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, quien en general coincide con dicho planteamiento, *Acciones a propio riesgo*, pp. 417 y ss.

Los demás requisitos, como el del suministro adecuado de información de manera previa a las decisiones a adoptar, permitirá al titular del bien jurídico decidir libremente si se somete a los riesgos asociados al acto médico.

De todas maneras ese desplazamiento de riesgos no posibilita descartar que en la dinámica del tratamiento aparezcan riesgos diversos, incluso los mismos que fueron objeto de aceptación, que impongan al profesional de la salud un deber de actuación cuidadosa en aras de su neutralización y que renueven el deber de información.

vi) Concreción de la problemática en algunos supuestos usuales en la práctica médica

El desarrollo teórico anterior permitió asentar los criterios básicos en función de los cuales analizar las hipótesis concretas de responsabilidad de los profesionales de la salud. Ahora se pretende analizar algunos casos problemáticos, en los que se advierten las implicaciones de los desarrollos realizados hasta el momento. Debe quedar claro, sin embargo, que en este momento se analiza la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y que de la afirmación de éste no se deriva necesariamente la atribución de carácter típico al comportamiento. La tipicidad en los casos de imprudencia en la actuación dependerá todavía de la realización del riesgo en el resultado, a cuyas condiciones se hará alusión en el capítulo siguiente.

Los supuestos que se proponen para el análisis son los siguientes:

a') Sin mediar dolo, ni imprudencia de parte del profesional de la salud, se materializa uno de los riesgos que le fue advertido al paciente al brindársele información previa adecuada

Por ejemplo, a un paciente se le ordena ingerir un medicamento que en algunos casos provoca pérdidas del equilibrio o del tono muscular, situación que se le advierte oportunamente. Él ingiere el medicamento a sabiendas de los riesgos. Después de unas semanas padece los efectos secundarios del mismo, como consecuencia de lo cual sufre una caída que le provoca la fractura de varios huesos.

Una vez que el paciente conoce los riesgos y aprueba la realización del acto médico se presenta una situación de puesta en peligro consentida por él, que implica la asunción de su parte de los riesgos que hayan sido objeto de su aprobación.

El conocimiento y la aceptación por parte del paciente del riesgo inherente al tratamiento o al procedimiento que se le va a realizar, radica en cabeza suya la “responsabilidad” por las consecuencias derivadas de la plasmación de ese riesgo en un resultado lesivo, siempre que la actuación ejecutada haya sido la misma que fue objeto de su aceptación; es decir, mediante una actuación cuidadosa del profesional que recibió la autorización.

Si a pesar de lo cuidadoso de la actuación, tal y como fue autorizada por el paciente se materializa el riesgo en un resultado lesivo, el consentimiento previo le traslada al titular del bien jurídico la “responsabilidad” por la lesión del bien, de manera que no cabrá imputar al profesional sanitario las consecuencias de la ocurrencia del resultado lesivo.

b') El paciente es sometido a un tratamiento cuyos riesgos inherentes no le son advertidos. El tratamiento cumple su cometido sanador sin que se produzca ningún resultado como consecuencia del riesgo desconocido por el paciente

El ejemplo sería el mismo del caso anterior en cuanto a los posibles efectos secundarios del medicamento, situación de la que no se informó al paciente, que no sufre ningún efecto adverso.

El tratamiento médico sin consentimiento del paciente, ha sido objeto de análisis frecuentes por la doctrina, que remite al delito de coacciones, sugiriendo que ése podría ser el delito cometido por el profesional que expuso al paciente a un riesgo desconocido por él, y que muy probablemente habría sido objeto de su desaprobación posterior. Una consideración similar podría hacerse en relación con la falta de información acerca de los riesgos inherentes al procedimiento.

Antes de adentrarse en el análisis de esa hipótesis punible conviene hacer una mención breve en torno a la problemática que a nivel de lesiones personales se presentaría en este caso. Si el profesional sanitario conoce los riesgos asociados al procedimiento y no los da a conocer al paciente, su decisión puede ser dolosa en lo que al ocultamiento del riesgo respecta, pero

como se verá al analizar el delito de coacciones, no existe una hipótesis típica en la cual encuadrar esa voluntaria opción por el silencio. Piénsese en esta hipótesis: si un afamado cirujano plástico que cotidianamente realiza liposucciones, considera que advertirle a sus pacientes los riesgos quirúrgicos implicará que un número importante de éstos opte por no someterse al procedimiento, lo que acarrearía una disminución sensible de sus honorarios profesionales, no comete por ello un delito, por lo menos si los hechos no trascienden a un resultado de lesión corporal.

Si no se produce el resultado de muerte o de lesiones, lo más que podría imputarse al sujeto que por falta de información ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, pero que por la confianza en sus capacidades o por la escasa incidencia de las complicaciones asume que el resultado no se va a producir, sería una tentativa, en este caso contra la vida o la integridad física, que en el ámbito de los delitos imprudentes, es impune.

La configuración dual del bien jurídico de que antes se hablara, implica que para predicar su afectación, se deben comprometer tanto el sustrato material como la capacidad de disposición sobre él. Si una de estas esferas no resulta comprometida, no es posible hablar de lesión del bien jurídico, razón por la cual no habrá delito de lesiones, ni de homicidio.

Establecido lo anterior, debe analizarse si se puede imputar un atentado contra la libertad a quien no revela al titular del bien jurídico los riesgos inherentes a la actuación que va a desplegar sobre él, por someterlo a un riesgo que no le advirtió debidamente.

Como antes se señaló, la doctrina ha aludido a la posible comisión de un delito de coacciones; sin embargo, según el art. 172 del CPE, éste supone un ejercicio de violencia que no se presenta en el caso que se está analizando. Quizás pudiera hablarse de un engaño, pero el delito de coacciones solo tipifica el atentado contra la libre formación de la voluntad de la víctima procedente de la violencia, y no del engaño. Por esa razón, y como ya lo destacaran ASÚA/DE LA MATA en vigencia del derogado CPE la exigencia de violencia en el tipo de coacciones hace difícilmente encuadrables en él supuestos como el propuesto. Para estos autores, que

“el consentimiento (...) adolezca de vicios en su formación no impide que estemos en presencia de un atentado contra la libertad del sujeto; ahora bien, dicho atentado no se

realizará con violencia -ni siquiera con intimidación- en muchos casos, sino todo lo más mediante engaño por parte del sujeto activo”.

Sin embargo, expresan más adelante:

“De este modo, aunque es cierto que un consentimiento eficaz excluye el tipo de coacciones, de ello no se deduce que el ineficaz lo afirme. De ahí que, en la práctica, solo cuando estemos ante una voluntad exteriorizada opuesta al tratamiento -y no solo ante un consentimiento ineficaz, o ante una ausencia del mismo-, único caso en que si se pretende seguir adelante con el mismo el médico se vería abocado a su imposición coactiva y, por tanto, al empleo de violencia, podrá afirmarse que el médico realiza el tipo de coacciones. En los demás supuestos su conducta será atípica penalmente, aun cuando pueda afectar a la libertad personal del individuo sometido a tratamiento y se incumpla lo dispuesto en la Ley General de Sanidad”³⁸⁹.

Algunos autores entienden que el empleo de anestesia, sedación, etc., para someter al paciente a un procedimiento no consentido encajaría en el supuesto de hecho que contempla el empleo de violencia de que habla la norma que tipifica las coacciones. Ello es muy discutible: la violencia tiene que ser un medio para quebrantar la voluntad. La actuación sobre quien ya no es susceptible de quebrantamiento de su voluntad, porque no está en condiciones de oponerse debido a que en su momento y de conformidad con la *lex artis*, fue sometido a

³⁸⁹ ASÚA/DE LA MATA, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, pp. 871-872.

Las razones transcritas conducen a estos autores a señalar más adelante que “(l)a única alternativa realmente eficaz para dar contenido efectivo a la exigencia de un consentimiento en la aplicación de tratamientos médicos pensamos que ha de venir no tanto por una reforma de los delitos contra la libertad en el Código Penal, como por la tipificación expresa de la figura del tratamiento médico arbitrario”, p. 872.

Posteriormente, en un texto del que figura como única autora, analizando estos supuestos, y alguno otro mencionado en el apartado siguiente, asumió ASÚA una posición diferente, asociada a la magnitud del riesgo: “En nuestro ordenamiento jurídico, la eventual responsabilidad penal por aplicación, *lege artis* y diligentemente, de un tratamiento terapéutico *sin* el debido consentimiento se reconduce por lo tanto a dos ámbitos: a) delito de lesiones (con dolo eventual) para intervenciones de elevado riesgo con resultado negativo, y en su caso homicidio con dolo eventual, y b) delito de coacciones cuando se impone, *contra* la voluntad del paciente, un tratamiento de... idoneidad y pronóstico curativo, independientemente del éxito o fracaso del mismo”, “Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal”, p. 52, cursivas en el original.

procedimientos de sedación, no constituye un ejercicio de violencia tendiente a imponerle decisiones en contra de su voluntad³⁹⁰, salvo que se extienda analógicamente el tenor del tipo.

En consecuencia, y dada la no tipificación del delito de tratamiento médico arbitrario, en el ordenamiento jurídico español, al que pudiera considerarse como la vía adecuada para la tipificación de estas hipótesis, el supuesto propuesto debe tenerse por impune.

c') El paciente es sometido a un tratamiento con riesgos inherentes que no le son informados y que después se plasman en un resultado lesivo, a pesar de que el mismo se ajustó a la lex artis

Por ejemplo, a un paciente se le informa sobre la necesidad de someterse a una cirugía de extracción de la próstata, porque de no realizarse el procedimiento, podría padecer un cáncer; pero no se le informa que existe un riesgo, de entre 10% y 20%, de padecer disfunciones eréctiles irreversibles tras el procedimiento quirúrgico. El paciente es intervenido y efectivamente, tras la cirugía y a consecuencia de ésta, sufre problemas de erección.

Como se ha reiterado en varias ocasiones el “consentimiento informado” del paciente opera como mecanismo de “traslación” de riesgos, siempre que se le haya brindado la información adecuada sobre los riesgos e implicaciones del tratamiento o del procedimiento, acceso a información que es un derecho suyo, y que legitima los riesgos de la actuación. A falta de información adecuada y previa al procedimiento por parte del profesional sanitario no operará el mecanismo de la puesta en peligro de terceros consentida por el titular del bien jurídico; salvo excepciones como aquella en virtud de la cual el paciente renuncia expresamente a recibir información sobre los riesgos, o que por tratarse de un profesional del área de la medicina en la cual se va a realizar el procedimiento, conozca de manera adecuada las implicaciones y riesgos del mismo.

³⁹⁰ HIGUERA GUIMERÁ refiere que en la jurisprudencia alemana se consideraba que el empleo de anestesia no reunía los requisitos del concepto de violencia; pero que “Hoy en día la opinión mayoritaria, en general, reconoce que también en la administración sin violencia de narcóticos se puede ver el empleo de violencia, ciertos narcóticos... cambian por medios químicos el organismo, especialmente el sistema nervioso, excluyendo la capacidad misma de formación de la voluntad”, *El delito de coacciones*, 2 ed., p. 124.

Todos estos elementos permiten entender que la advertencia de los riesgos hace parte de la *lex artis* profesional en el área sanitaria; y que, salvo supuestos muy concretos (como el del paciente en estado de inconsciencia, o el del menor incapaz de comprender el sentido de la intervención que se le ha de realizar y que no está acompañado por una persona que lo represente), el consentimiento del paciente determina la licitud del tratamiento y de los riesgos asociados al mismo³⁹¹.

Dado el derecho del paciente a ser informado sobre los riesgos del acto médico, privarlo de la información necesaria para que adopte la decisión, hará que los riesgos generados por la actividad sean jurídicamente desaprobados.

Sin embargo, la respuesta a esta cuestión sería distinta si se asumiera que la infracción de un deber objetivo de cuidado, depende solo de una infracción del conjunto de reglas que prevén la forma técnicamente adecuada de realizar determinados procedimientos. Esa vía argumental obligaría a excluir de la *lex artis* los deberes de información por no estar asociados a las reglas relativas a la ejecución del procedimiento médico; pero esa respuesta no resulta congruente con todo lo expresado acerca del bien jurídico y del derecho del paciente a consentir, el cual convierte el deber de información del médico en un elemento que determina el alcance de sus deberes de actuación³⁹².

Volviendo al ejemplo anterior, si la cirugía se realiza mediante un escrupuloso ceñimiento a las normas técnicas establecidas por la ciencia médica y se neutraliza el eventual desarrollo de un cáncer, pero como consecuencia de uno de los riesgos inherentes al procedimiento se genera una limitación en la capacidad de erección del paciente, el problema

³⁹¹ Así por ejemplo, GÓMEZ RIVERO: "...desde las coordenadas de una ordenación estatal que proclama como uno de sus pilares básicos la autonomía y el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* del individuo, suela reconocerse de forma prácticamente unánime que el tratamiento médico reclama, como presupuesto mínimo de su conformidad a derecho, la concurrencia del consentimiento del paciente. Solo cuando éste asiente..., el acto médico puede adjetivarse como legitimado", *Responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 36. En sentido similar, CORCOY: "el consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito necesario para que la intervención médica no sea directamente calificada como un delito de lesiones o, en su caso, de coacciones, con independencia de que se infrinja o no la *lex artis*", "Libertad de terapia versus consentimiento", p. 113.

³⁹² BERDUGO *Estudios sobre el delito de lesiones*, p. 47 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 274, sostienen que en los casos de tratamiento ajustado a la *lex artis* sin consentimiento del paciente, y sin resultado lesivo se materializa un atentado contra la libertad.

que se está planteando obliga a indagar por el sentido de la norma de cuidado infringida y por el bien jurídico afectado. En este caso, no debe perderse de vista además que, tras el procedimiento, el paciente presenta un daño en su salud que no tenía antes de él (la pérdida en su capacidad de erección) y que habrá pacientes que preferirían asumir el riesgo de desarrollar un cáncer que el de sufrir una disfunción en su vida sexual.

Imputar al médico un riesgo jurídicamente desaprobado como consecuencia de la no advertencia del riesgo, obliga a preguntarse si ello constituye una manifestación del *versari in re illicita*, en virtud del cual se estarían atribuyendo al agente todas las consecuencias de su errónea actuación inicial; máxime, si se tiene en cuenta que el procedimiento, según se propuso en el ejemplo, se ciñó de manera escrupulosa a las reglas de la técnica quirúrgica. En consideración a ese factor podría decirse que la falta de advertencia de los riesgos es todavía insuficiente para imputar un menoscabo a la vida o la salud del paciente y que en consecuencia sería necesario constatar la infracción de por lo menos una regla técnica establecida para la salvaguarda de esos bienes jurídicos.

Sin embargo, si se entiende que a través del bien jurídico protegido en el delito de lesiones se pretenden asegurar las condiciones de participación del ciudadano en el sistema social, en función de sus derechos de libertad y de libre desarrollo de la personalidad no se podrá desconocer que era al ciudadano a quien correspondía decidir qué tipo de intereses estaba dispuesto a comprometer y a exponer a situación de riesgo. Además, que ése era un derecho inalienable suyo, que configuraba el ámbito de su relación con el entorno social.

Es decir, que la advertencia de los riesgos al paciente y la necesidad de contar con su aquiescencia para la realización del procedimiento, tienen una relación inmediata con la manera como él desea configurar sus relaciones sociales, que junto con el sustrato corporal, integran el bien jurídico protegido. Por esa razón se considera aquí que la falta de advertencia del riesgo al paciente implica la desaprobación jurídica de los peligros propios del procedimiento.

En relación con la imputación subjetiva del hecho en el que el riesgo desaprobado por falta de consentimiento del paciente se materialice en el resultado, BAJO FERNÁNDEZ ha manifestado que en tales casos la ocurrencia de la muerte o de lesiones del paciente, da lugar a la imputación de un delito de homicidio o de lesiones, a título de dolo eventual y no de imprudencia.

En su momento manifestó este autor:

“No comparto la opinión de quienes entienden que en las intervenciones médico-quirúrgicas curativas el consentimiento no juega ningún papel. Conforme a esta tesis se ha venido sosteniendo que la **intervención médico-quirúrgica, aun sin, o contra el consentimiento del paciente**, si tiene finalidad curativa solo podría dar lugar a un delito contra la libertad (coacciones) aun cuando no se hubiera obtenido éxito en la intervención. A mi juicio, esta tesis resulta, al menos, repudiable desde el punto de vista político-criminal. Pero, incluso desde el punto de vista del Derecho positivo, sostengo que *la intervención médico-quirúrgica contra el consentimiento del paciente con resultado lesivo, en el sentido de producir efectos irreversibles o no regenerables, constituye siempre delito de lesiones*. Cuando la intervención obtuviera ‘éxito’, si por éxito se entiende la inexistencia de menoscabo alguno en el enfermo, el comportamiento será atípico de lesiones. Pero, si en el éxito se incluye un resultado favorable desde la óptica médica, aun cuando colateralmente se haya producido menoscabo o lesiones irreversibles en la víctima, entiendo que es ineludible la apreciación de delito de lesiones. Otra solución convertiría al paciente en un simple instrumento degradándolo a límites intolerables en la convivencia actual”³⁹³.

Y más adelante, añade:

“La tesis de que la finalidad curativa elimina la posibilidad de dolo, no es sostenible por la razón de que cabe una finalidad curativa con la aceptación de los resultados posibles. De igual modo cabe una finalidad curativa aceptando también los resultados lesivos colaterales de la intervención... Cuando el médico interviene sin, o contra, la voluntad del paciente, es aquél quien asume o acepta el resultado por lo que siempre podrá apreciarse **dolo eventual**. Por otra parte, la ausencia de consentimiento hace indiferente el concepto médico de ‘éxito’ o ‘fracaso’. Para imputar la responsabilidad por dolo eventual basta con que se produzca el resultado típico que siempre existirá cuando la lesión sea irreversible o no regenerable”³⁹⁴.

³⁹³ BAJO FERNÁNDEZ, *DP, PE*, T. I, 2 ed., 4 reimp. Cursiva y negrita en el texto, p. 152.

³⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *DP, PE*, T 1, 2 ed., 4 reimp. Negrita en el texto, pp. 152-153.

Para terminar esta extensa cita, es importante vincular el problema a las reflexiones de este autor sobre el caso del sarcoma de pene de la STS de 10 de marzo de 1959³⁹⁵:

“La ausencia de consentimiento obliga a apreciar, al menos, dolo eventual, ya que el médico aceptó la posibilidad de que el diagnóstico fuese equivocado, asumiendo él los riesgos, y aceptó también la posibilidad de que el enfermo hubiera preferido luchar contra su sarcoma con medios distintos a los de la mutilación. El hecho de que no hubiera podido probarse si el enfermo padecía o no el sarcoma carece de trascendencia porque, a mi juicio, cuando la lesión es irreversible o no regenerable, el ‘éxito’ o el ‘fracaso’ no depende de consideraciones médicas, sino de la valoración del enfermo quien, al negar el consentimiento (o al no haberlo prestado), determina el ‘fracaso’ de la actividad médica”³⁹⁶.

El análisis que del caso hace BAJO sugiere diferenciar dos hipótesis: la de los riesgos inherentes al procedimiento que se materializan en un resultado de lesión sin que la actuación del profesional se haya orientado a su producción (infecciones, lesiones iatrogénicas en general), y el de los nuevos procesos de riesgo que el profesional introduce autónomamente en el acto debiendo contar para ello con el consentimiento del sujeto pasivo. BAJO desarrolla en su argumentación la segunda hipótesis, que difiere de la planteada inicialmente aquí.

³⁹⁵ El supuesto de hecho de esta famosa sentencia es el siguiente: durante la realización de una cirugía para la corrección de una hernia inguinal, el cirujano decidió amputar el pene del paciente, y así lo hizo, por considerar que presentaba evidencias clínicas de un sarcoma. El miembro amputado no fue objeto posterior de exámenes de patología al deshacerse de él los cirujanos. La amputación fue realizada sin solicitar la autorización del paciente, a quien se había suministrado anestesia raquídea, ni de sus parientes presentes en el centro hospitalario. Como era de esperar, no se probó en el proceso que la amputación no era un procedimiento que debiera realizarse en ese momento para salvar la vida del paciente.

Este caso, muy célebre en la literatura jurídica, plantea un supuesto de hecho similar al de la STS de 31 de mayo de 1988, Mg. MOYNA M., y da lugar a problemas jurídicos también similares. En este último caso un cirujano maxilo-facial que operaba un paciente para la extracción de una masa, creyéndola maligna y sin realizar pruebas extrajo la (glándula) parótida, generando parálisis facial al paciente, dificultades para la masticación y la deglución, desviación de la boca, e imposibilidad de cerrar el ojo derecho. Dentro del proceso la imputación fue también la de un delito imprudente y la discusión en casación giró básicamente en torno a la causalidad de las secuelas.

³⁹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, *DP, PE*, T 1, 2 ed., 4 reimp., p. 153.

En un caso de materialización de los riesgos inherentes al procedimiento en un resultado lesivo, el solo hecho de que estos últimos sean conocidos por el médico no justifica la atribución de dolo si subjetivamente no son vinculados por el profesional al resultado, pues el conocimiento de un riesgo abstracto de ocurrencia de un resultado del que no se informa al paciente, no implica que el profesional de la salud se haya posicionado frente a él asumiendo la producción de dicho resultado en el caso concreto, como lo exige la imputación del dolo.

La situación es distinta en casos como el del sarcoma de pene, máxime si se asume un concepto de dolo avalorado: en él era evidente que el médico conocía estar realizando una amputación de un órgano y dirigió a ello su capacidad de causación.

Por ello, no parece viable calificar como doloso un comportamiento sin tener en cuenta el posicionamiento del sujeto frente al resultado, ni derivar esa calificación del conocimiento de la peligrosidad abstracta de la actuación. En los casos en que el profesional conozca la peligrosidad de la actuación, y de manera consciente asuma no advertir los riesgos inherentes del procedimiento al paciente, ello no significa que esté asumiendo dolosamente la producción del resultado. En otras palabras, conocer la concurrencia de los elementos que determinan la desaprobación jurídica del riesgo, en este caso la falta de información, no significa que toda la realización típica quede cubierta por el dolo, pues éste implica la representación en concreto del resultado. El solo hecho de no advertirle al paciente los riesgos del acto al que se va a someter, no permite afirmar la representación de la posible ocurrencia del resultado. De hecho, en la generalidad de los casos podrá constatarse la confianza del médico, cognitivamente fundada, en la no producción del resultado.

Para terminar, tampoco puede olvidarse que ni siquiera la falta de información debe considerarse siempre dolosa. En ocasiones ello obedecerá a un olvido o a la suposición, por ejemplo, de que la información fue suministrada por otro miembro del equipo quirúrgico, lo que obliga a plantear si el olvido es compatible con el dolo, y de serlo cual pudiera ser la adecuación típica de esa omisión. Como se desprende de lo ya expuesto, aquí se considera atípica esa omisión.

d') El médico causa una lesión mediante la introducción de un factor de riesgo del que no informó al paciente y que por ello no fue autorizado por él

Este parece ser el supuesto que se da en casos como el acabado de citar, del sarcoma de pene, en el que durante la ejecución del procedimiento quirúrgico, el cirujano autónomamente, y sin información alguna al paciente, amplió el objeto del procedimiento realizando actuaciones, que él entendió positivas para el paciente, pero que debieron ser objeto de autorización de parte de éste, por la incidencia que tendrían en su salud y en su vida.

Como se manifestara en su momento, en casos como el del sarcoma de pene BAJO propuso, con razón, que se trataba de una actuación realizada con dolo (eventual)³⁹⁷.

Las particularidades de ese supuesto de hecho parecían justificar la imputación de dolo eventual en él; y en general, cabe imputar ese elemento cuando el médico introduce un factor de riesgo, y sabe que su efecto va a ser la lesión del paciente. El conocimiento de dicha situación permite afirmar que ha habido conocimiento (y voluntad) respecto al resultado de lesión. Ahora bien, el error recaería sobre un eventual consentimiento por parte del paciente, trasladándose el problema al espacio del consentimiento presunto y al error en el actor respecto a contar con la aquiescencia del paciente.

El Tribunal Supremo español tuvo ocasión de pronunciarse frente a una situación como ésta en la STS de 26 de octubre de 1995, Mg. PUERTA L., en la que se analizó la responsabilidad de un médico que, en una cirugía de corrección de un desgarró en el útero a consecuencia de una cesárea urgente

“cuando la vida de la paciente no corría peligro y considerando que era una indicación médica correcta, que beneficiaba su salud, no estando en condiciones de hacerlo sin considerar siquiera la posibilidad de comunicárselo a algún familiar,

³⁹⁷ El supuesto de hecho de la sentencia, a la que PEÑARANDA califica de “estremecedora”, le sirve a este autor para expresar su coincidencia con el pensamiento de BAJO respecto a la comisión de un delito de lesiones personales, y no un mero tratamiento médico arbitrario atentatorio contra la libertad o la autonomía personal, incluso en los casos de tratamiento médico ajustado a la *lex artis* con resultado médico exitoso, cuando el médico autónomamente adopta decisiones que comprometen la integridad física del paciente, “Cap. V Lesiones (I)”, pp. 358-362.

procedió sin su consentimiento a practicarle una ligadura de trompas por el método “Pomeroy” que supone la esterilización de la paciente”³⁹⁸.

En este caso, en el que el TS emitió condena por un delito de lesiones personales imprudentes, parece claro que el cirujano no solo sabía que estaba realizando la ligadura de trompas, dirigiendo a ello su capacidad de causación, sino que estaba al tanto del efecto que habría de producir. Esta es una actuación claramente dolosa; y la imputación de imprudencia solo podría explicarse a partir de la suposición de que había consentimiento de la paciente a la práctica del procedimiento (es decir, que era presunto). Aunque es claro que se trataría de un error vencible dada la evolución del procedimiento inicialmente programado, y la ausencia de compromiso para la vida o para algún otro bien jurídico de la paciente, por lo que no existía ninguna dificultad para obtener el consentimiento, o incluso postergarlo hasta un momento en que la normalidad de la situación permitiera a la paciente decidir si se sometía o no al procedimiento. La consideración del consentimiento como una causal de exclusión de la tipicidad, como aquí se hizo, y la vencibilidad del error permitiría considerar imprudente esa actuación³⁹⁹.

e’) El paciente es advertido de los riesgos inherentes al tratamiento aunque se realice de conformidad con las reglas de la lex artis, pero el profesional de la salud transgrede los preceptos de ésta produciéndose un resultado de muerte o de lesiones

En este caso, el resultado podría ser materialización del mismo riesgo que le fue advertido al paciente, pero derivado de una infracción de las reglas técnicas; por ejemplo, al paciente se le advierte de la existencia de contraindicaciones a la ingestión de un determinado medicamento, pero no se le informa que existen exámenes que permitirían establecer si existe una predisposición orgánica a la ocurrencia del efecto adverso, ni se le ordenan. El paciente ingiere el medicamento y fallece como consecuencia de una reacción alérgica que hubiera podido detectarse en caso de realizar los exámenes pertinentes.

³⁹⁸ Análisis de esta STS en MORILLAS, “Aspectos penales del consentimiento informado”, p. 792.

³⁹⁹ Sin embargo, el TS en la sentencia ya citada de 1 de febrero de 2002 de esterilización de una paciente con síndrome de Down, sin autorización judicial, es supremamente laxo en la exigencia de deberes de cuidado respecto a la existencia de dicha autorización.

En este caso la disposición del paciente para exponerse al riesgo, legitima la actuación realizada de conformidad con el que hubiera sido el comportamiento de un hombre medio del mismo sector de tráfico jurídico que el autor (lo que a su vez obliga a indagar por lo preceptuado por la *lex artis*).

La materialización de un riesgo como el advertido que sin embargo no obedece a la ejecución técnica de la actuación sino a la transgresión de los deberes de conducta correspondientes al caso, permitirá considerar la actuación como generadora de riesgos jurídicamente desaprobados. Tal parece el caso cuando se programa un procedimiento y se realiza otro distinto, presentándose un resultado adverso⁴⁰⁰.

Una variante del caso propuesto, consistiría en la materialización de un riesgo distinto de los que fueron advertidos, y atribuible a la imprudencia del profesional de la salud. Por ejemplo: el médico que ordenó al paciente una sustancia nueva en el mercado revisa en el vademécum las dosis indicadas de la misma y por un error de lectura ordena una dosis mayor (una dosis de 0,1 gramos en lugar de una de 0,01 gramos que era la adecuada) provocando la muerte del paciente por envenenamiento. En este caso, es claro el carácter imprudente de la actuación en virtud de la falla en la orden emitida.

f) El paciente es sometido a un procedimiento que desaprueba de forma expresa

Bien por los riesgos inherentes al mismo o bien por las implicaciones que éste tendría para su esquema de valores, por ejemplo, por sus convicciones religiosas. Sin embargo, a consecuencia del mismo no sufre ningún efecto adverso para su salud o para su vida, o incluso se logra mejorarlas o restablecerlas.

⁴⁰⁰ Así por ejemplo, sin plantear problemas de consentimiento informado, si se ocupan de la responsabilidad por la realización de procedimientos que comprometen órganos distintos a los que inicialmente se debían intervenir, las STSs de 24 de noviembre de 1984, Mg. GÓMEZ DE LIAÑO, sobre la extracción del riñón contralateral al que se debía extraer, presentándose después una serie de complicaciones que generaron la muerte del paciente; y de 26 de febrero de 2001, Mg. RAMOS G., en el que se realizó una cirugía de artroscopia en la rodilla contralateral de aquella programada para operar. El caso presenta además un aspecto interesante de configuración de la tipicidad de las lesiones personales que la AP consideró inexistente “*porque la intervención médica equivocadamente practicada constituye un “tratamiento médico curativo”, que no ha vulnerado la integridad física del paciente*”, pronunciamiento éste que también fue objeto de casación.

Por ejemplo, el paciente rechaza una transfusión de sangre por sus convicciones religiosas como de Testigo de Jehová, o rechaza recibir alimentación al desarrollar una protesta mediante una huelga de hambre.

Este parece ser uno de los supuestos para los que en ordenamientos jurídicos como el portugués o el austríaco se ha previsto la figura del tratamiento médico arbitrario⁴⁰¹; sin embargo, dada la inexistencia de dicha figura en la mayoría de ordenamientos jurídicos, es necesario indagar si pudieran imputarse otros hechos punibles.

Como punto de partida debe señalarse que la caracterización propuesta de los bienes jurídicos de la vida o la integridad personal o salud, obligan a un análisis en el que se tengan en cuenta las distintas variables que los integran: el sustrato material y la capacidad de disposición sobre el mismo.

En un caso como el propuesto, de transfusión sanguínea a quien se opone a ella, no resulta posible hablar de homicidio, si la medida ha salvado la vida del paciente; y difícilmente se puede hablar de lesiones en relación con un paciente cuya salud se restablece gracias a la transfusión. Si bien es verdad que aquí se ha defendido que el delito de lesiones obliga a entender que el titular tiene pleno derecho a decidir la forma en que ha de intervenir en sociedad a través de su estructura corporal, la enfermedad o la limitación física pueden ser una opción válida al respecto; pero si de conformidad con una valoración intersubjetiva dicha estructura no sufre mengua, ni afectación objetiva, no se podrá afirmar la existencia de lesiones personales, salvo que se hable de una lesión personal de carácter psicológico, lo que sería muy discutible, dada la concurrencia de otras figuras donde el hecho podría encajar mejor, como pudiera ser un delito contra la libertad o la autonomía; pero si no existe un ejercicio de violencia en contra de la persona renuente al tratamiento médico, para someterla a él, situación que se podría presentar en los casos de transfusiones realizadas a pacientes que se oponen a ellas, tampoco resulta posible afirmar la existencia de un delito de coacciones⁴⁰².

⁴⁰¹ DA COSTA ANDRADE, “Consentimento em direito penal médico”, p. 126.

⁴⁰² Sobre la insuficiencia en estos casos del delito de coacciones, ASÚA BATARRITA/DE LA MATA: “...aunque es cierto que un consentimiento eficaz excluye el tipo de coacciones, de ello no se deduce que el ineficaz lo afirme. De ahí que, en la práctica, solo cuando estemos ante una voluntad exteriorizada opuesta al tratamiento -y no solo ante un consentimiento ineficaz, o ante una ausencia del mismo-, único caso en que si se pretende seguir adelante con el mismo el médico se vería abocado a su imposición coactiva y, por tanto, al empleo de violencia,

Existen casos fronterizos de difícil solución en cuanto a definir si se está produciendo o no un menoscabo de la estructura corporal. Por ejemplo, una persona nace con un sexto dedo en una de sus manos, y decide no someterse a la extirpación de ese apéndice; no obstante, en contra de su voluntad se le interviene quirúrgicamente y se le extirpa ese dedo *falso*, por el cual su mano queda en condiciones similares a las de las demás personas, la existencia de delito dependerá del alcance que se le dé al bien jurídico de la salud. Al respecto debe tenerse en cuenta que el logro de la *armonía* corporal no debe producirse en ningún caso contrariando la voluntad del titular en relación a la conservación de su estructura anatómica. La valoración que objetivamente efectúe el ordenamiento jurídico sobre esta situación no excluye, por la razón referida, que con un hecho de este tipo se afecte la integridad física. Esta hipótesis constituiría entonces un delito de lesiones personales, en la modalidad de pérdida de órgano o miembro no principal que prevé el artículo 150 del CPE.

g') El paciente consiente la realización de una actuación claramente infractora de la lex artis de la que en efecto se deriva una lesión para él

Por ejemplo, un paciente es advertido de la posibilidad de emplear para el tratamiento de su enfermedad un medicamento que se encuentra en un momento temprano del proceso de experimentación, que podría tener efectos secundarios muy nocivos, pero que podría resultar eficaz en el tratamiento de la patología. El paciente, debidamente informado, acepta ingerir el medicamento, produciéndose uno de los efectos secundarios, que finalmente desencadena su muerte.

La doctrina ha propuesto diferenciar el uso de métodos alternativos de tratamiento, que tendrían *finalidad* terapéutica pero se apartan de los baremos de actuación avalados por la comunidad científica, de los casos de experimentación terapéutica propiamente dicha, en los cuales o no habría finalidad terapéutica, o ésta se desconocería.

Los métodos alternativos, pueden entenderse infractores de la *lex artis*, por suponer un alejamiento de las pautas de actuación validadas por la comunidad científica. La legitimidad

podrá afirmarse que el médico realiza el tipo de coacciones. En los demás casos su conducta será atípica penalmente, aun cuando pueda afectara a (sic) la libertad personal del individuo sometido a tratamiento y se incumpla lo dispuesto en la Ley General de Sanidad”, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, pp. 871, 872.

de su empleo, respecto de pacientes a los que los métodos tradicionales no ofrecen una respuesta positiva o no parecen ofrecerla, dependerá de que aquéllos, debidamente enterados de las distintas alternativas de tratamiento, acepten someterse al alternativo, en principio, aunque no solamente, por las limitadas posibilidades de curación que ofrecen los tratamientos tradicionales.

La experimentación terapéutica, por su parte, ha sido objeto de múltiples regulaciones internacionales, en las cuales se establecen criterios estrictos para su legitimación⁴⁰³. Varios autores han entendido que las prohibiciones que se le imponen encuentran su razón de ser en la protección de la dignidad humana; en tanto que en otra corriente se agrupan autores que entienden que su legitimidad depende del consentimiento del paciente, lo que debe seguir siendo el criterio rector frente a sujetos éticamente autónomos⁴⁰⁴.

En efecto, parece discutible entender viable la protección de la dignidad humana respecto de actuaciones consentidas por el sujeto; pero en últimas, la determinación del papel limitador de estas actuaciones que haya de reconocerse al principio de dignidad humana, depende del grado de autonomía que el ordenamiento jurídico reconozca al paciente.

MUÑOZ CONDE destaca así las razones que en su sentir, impondrían limitar la libertad de decisión en este ámbito:

“Una obligación de tratamiento convertiría al paciente en simple objeto o lo degradaría a la condición de ‘conejillo de Indias’. Pero tampoco se puede admitir que el consentimiento legitime en todo caso el tratamiento médico. Ello podría dar lugar a prácticas inmorales y atentatorias a la dignidad humana como el ‘cobayismo’ (experimentación con seres humanos), ventas de parte del cuerpo, etc. Para evitar esta

⁴⁰³ Un inventario de los instrumentos internacionales en GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., pp. 301 a 304; y en LUNA, “Experimentación con seres humanos”, pp. 181 a 184.

⁴⁰⁴ Dada la trascendencia que confiere al consentimiento del paciente como presupuesto de la licitud de la actuación médica GÓMEZ RIVERO destaca el papel de dicha figura en este ámbito, aunque reconoce también la existencia de límites previos: “dejando de lado los supuestos en los que la finalidad no es terapéutica -...-, la admisibilidad de la experimentación científica habrá de ceñirse en tales casos a la posibilidad de apreciar circunstancias estrictamente objetivas que justificasen la realización de la conducta. En el resto, el presupuesto mínimo legitimador de la intervención habrá de ser el consentimiento del afectado”, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 309.

indeseable consecuencia es necesario denegar, no solo en los casos citados anteriormente, sino en todos, eficacia al consentimiento prestado viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que sea contrario a la propia dignidad del que consiente, o por menor o incapaz aunque en caso de esterilización de éste habrá que estar a lo que dispone el pfo. 2 del art. 156⁷⁴⁰⁵.

La solución propuesta en la cita transcrita en relación con los vicios del consentimiento no admite duda: en esos casos éste no es libre y en consecuencia deberá considerarse desaprobado el comportamiento que es realizado en virtud de un consentimiento viciado. Pero se insiste, para establecer si resulta contraria a su dignidad humana, la actuación que una persona jurídicamente responsable de manera libre y autónoma acepta que se realice sobre ella, incluso aunque contraríe la sensibilidad mayoritaria, propuestas como la del autor citado que apuntan a un objetivo claro y loable de impedir la explotación de ciudadanos en situación de privación, muchos veces económica, en casos en los que además generalmente existirá una superioridad manifiesta de una de las partes sobre la otra⁴⁰⁶, obligan a distinguir las hipótesis concurrentes. Si la autonomía y responsabilidad de quien consiente subsisten, deberá reconocerse que el consentimiento determina la licitud de la actuación, por más enojosa que resulte desde el punto de vista moral.

Por esa razón, y aunque correspondiente a un escenario distinto casos como el del paciente que admite que se le transfunda sangre contaminada por el virus del VIH a efectos de que desde la inoculación del virus se puedan estudiar en su organismo, las formas de aparición y de evolución de la enfermedad, dependerán de la validez que se reconozca a los límites externos que el Legislador imponga a su validez (como por ejemplo su ceñimiento a

⁴⁰⁵ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 18 ed., p. 128.

⁴⁰⁶ Estos casos no son extraños a la doctrina. ROXIN por ejemplo, ha estudiado la responsabilidad en casos de exposición al contagio de otro. En el caso del sacerdote que, enterado de la enfermedad de terceros que por ello estaban en cuarentena, decidió someterse a la situación de riesgo (es de suponer que para acompañar a la asistencia a los enfermos), concluyó que respecto al sacerdote el responsable el contagio no incurriría en responsabilidad penal, por obedecer el resultado a una autopuesta en peligro de la víctima, *DP, PG*, T. 1, p. 388, nro. 88.

ESER defiende la existencia de límites a la autorización de la experimentación terapéutica en el propio organismo, “Problemas de justificación en la actividad médica”, apartado III,1, p. 30.

La cuestión resulta muy relevante en países pobres donde personas apremiadas por penurias económicas, autorizaran someterse a procedimientos experimentales de resultados muy inciertos.

las “buenas costumbres” que exige el ordenamiento jurídico alemán⁴⁰⁷). Cuando existan habrá que analizar la validez de esas limitaciones en clave constitucional, y si no existen límites de ese tipo, y el consentimiento que se presta es libre y adecuadamente formado, las posibilidades del paciente de consentir válidamente no estarán limitadas y la relevancia jurídica que pretenda conferirse a la actuación del médico, habrá de discutirse en espacios distintos a los del Derecho penal.

h') El paciente consiente someterse a una terapia muy agresiva que le produce efectos adversos, sin que se le informe la existencia de tratamientos menos peligrosos que también integran la lex artis médica. El problema de la libertad de terapia

Una cuestión a la cual la doctrina le ha prestado especial atención y que tiene relación directa con la valoración de riesgos del acto médico, y que aquí se entiende relevante en el momento en que formulado el diagnóstico debe iniciarse el tratamiento, es la atinente a la libertad de terapia, a la cual se le confiere tal importancia, que incluso hay quienes la consideran un derecho fundamental de los médicos en el ejercicio de la profesión⁴⁰⁸.

Son varios los momentos en los que el profesional de la salud se ve en necesidad de optar entre alternativas diversas de actuación; por ejemplo, al decidir si asume o no el tratamiento de un paciente; o cuando existen varias alternativas terapéuticas; o cuando debe determinar si ordena o no ayudas diagnósticas para establecer el origen de una enfermedad. Lo que debe indagarse es si esas diversas posibilidades de actuación permiten hablar de una plena libertad de actuación⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ ESER/BURKHARDT, *DP*, pp. 279-281; ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 513, nro. 37, quienes coinciden en proponer una interpretación restrictiva de la cláusula.

⁴⁰⁸ La cuestión no es meramente doctrinal. Sobre su carácter de derecho de rango constitucional, referencias en SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, p. 47.

⁴⁰⁹ ESER habla de la necesidad de diferenciar entre “arbitrio de la acción” y “arbitrio de la apreciación”. El primero tendría que ver con la decisión de actuar o no; y el segundo, con la valoración de si los presupuestos de una actuación se hallan presentes en el caso concreto. Señala que en este último caso “queda un margen de decisión liberado a una verificación en la medida en que cada comprobación que se mueva dentro del marco “defendible” de apreciación, es aceptado como correcto”, “El médico dentro del campo de tensiones entre el Derecho y la ética”, p. 95.

Los problemas tradicionalmente asociados a la libertad de terapia, entendida de manera estricta, es decir, como la posibilidad del médico de escoger alguna de las varias terapias posibles para el tratamiento de la enfermedad de un paciente, presuponen por supuesto la existencia de varias alternativas de tratamiento⁴¹⁰. Es factible considerar que en algún caso entre los tratamientos de posible aplicación concurren alguno o algunos en fase todavía experimental. Y aunque la doctrina es renuente a admitir la licitud de éstas como una cuestión atinente a la libertad de terapia, para tratarlas más bien como un supuesto de experimentación terapéutica (en la que los rangos de permisión son sensiblemente inferiores), parece posible afirmar que la discusión sobre este punto aporta algunos elementos relevantes acerca de la licitud de los tratamientos experimentales.

La libertad de terapia puede entenderse como el derecho del médico a escoger alguno, de entre varios tratamientos de posible aplicación en el caso concreto, para lograr la mejoría en la condición, que motiva al paciente a solicitar atención médica.

A ella se le confiere un papel de especial relevancia en los avances de la medicina, pues según se dice, solo en la medida que se desarrollen alternativas terapéuticas, se puede lograr la consolidación de nuevos procedimientos que reporten a los pacientes más beneficios, en términos de eficacia en el manejo de las enfermedades, con menos peligrosidad, lo que constituye una de las pretensiones fundamentales de la medicina.

Sin embargo, la reivindicación de una libertad absoluta de terapia es inadecuada, así como es bastante discutible su carácter de derecho del médico. Para afrontar la cuestión quizás sea adecuado señalar como punto de partida que “pluralidad de métodos ciertamente no significa equivalencia de los métodos”⁴¹¹; pues, la constatación de que existen varias alternativas de tratamiento no implica un juicio ni sobre la efectividad, ni sobre la potencialidad de los riesgos secundarios a cada una de ellas. Por ende, las distintas alternativas deberán ser valoradas a la luz de dichos criterios, y si de acuerdo con ellos una de

⁴¹⁰ Las demandas de libertad para el médico, trascienden de hecho la escogencia de una u otra terapia. ESER, refiriéndose a los límites del ejercicio médico propone una caracterización más generalizadora de la idea vigente en la comunidad científica: “Siempre es igual, trátase de los límites del deber de esclarecer, de la continuación o la interrupción de un tratamiento o trátase de ámbitos de decisión similarmente controvertidos: el médico siempre suele avistar la solución óptima en la concesión de un libre arbitrio o, en todo caso,, de un arbitrio lo más amplio posible”, “El médico dentro del campo de tensiones entre el Derecho y la ética”, pp. 85-86.

⁴¹¹ La frase, de JUNG, es extractada de SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, pp. 56 y 57.

las mismas resulta más beneficiosa, parece razonable suponer que sea ésta la que se emplee en beneficio del paciente.

Así las cosas, cuando el médico disponga de alternativas terapéuticas más eficaces y menos riesgosas para el control de la enfermedad, deberá informar de ellas al paciente y que son ellas las que deberá emplear en el caso de pacientes que no se hallen en condición de consentir, porque de lo contrario se infringiría el deber de cuidado⁴¹².

Pero esa regla general requiere advertir de nuevo: ante la existencia de varias alternativas quirúrgicas o de tratamiento, a cada una de las cuales es inherente la existencia de factores de riesgo y de beneficios, debe darse al paciente la posibilidad de optar por los que él estime más convenientes o adecuados. Los desarrollos teóricos respecto a la relevancia del consentimiento del paciente al tratamiento médico, no permiten defender una plena libertad de elección del médico respecto a los tratamientos posibles, en la que no se atienda a la decisión del enfermo. Más aun, el deber de advertencia de los riesgos asociados al tratamiento pretende conferir al paciente una amplia capacidad de decisión respecto de aquello a lo que habrá o no de someterse.

Por ende, la libertad de terapia como ha sido entendida tradicionalmente, se limitará básicamente a los eventos en que el ordenamiento jurídico defiere al médico la toma de decisiones (eventos de consentimiento presunto, o de delegación en él de la decisión por parte del paciente, que, asumiendo los riesgos, renuncia a elegir entre las alternativas que se le ofrecen); y ello, frente a posibilidades de tratamiento que presenten niveles similares de fiabilidad, atendidos los factores de utilidad y de peligrosidad asociados.

Finalmente, frente al problema de la opción posible por un tratamiento que apenas es objeto de experimentación, que no ha sido avalado aun por la comunidad científica, y frente al cual existen otros que sí cuentan con ese aval, hay que decir que esa opción por el primero será posible en los casos en que el método no consolidado parezca ofrecer, con motivos

⁴¹² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ: "..., el deber de cuidado obliga al médico a inclinarse, aun frente a su convicción personal, por el método que, según el estado de la ciencia y los niveles de contrastación alcanzados, ofrece un pronóstico claramente más favorable", *Medicinas alternativas*, p. 62.

De lo expuesto en el texto, surge la necesidad de tener en cuenta que de todas maneras el criterio de eficacia no ha de ser el único que guíe la actuación del médico en el caso concreto, como pareciera sugerirlo MONTANO (quien asume el planteamiento de SILVA acabado de transcribir), *Medicinas alternativas y DP*, pp. 66-67.

razonables, una relación de beneficios y riesgos más favorable para el paciente⁴¹³. De todas maneras, en el caso de que se utilice este procedimiento, habrán de observarse las reglas de la experimentación terapéutica⁴¹⁴.

No parece posible defender entonces una absoluta libertad de terapia en cabeza del profesional de la salud, dado el contexto que implica poner a disposición del paciente solo los procedimientos de mayor eficacia en una relación riesgo/beneficio, para que él, dentro del espacio reconocido a su libertad de decisión, valore a qué está dispuesto a someterse como consecuencia del tratamiento, en una decisión en la que con seguridad también se conjugarán factores de otro tipo, como los económicos o hasta los religiosos. También en el escenario de la libertad de terapia podrían presentarse conflictos con la experimentación. Y la solución se debe ajustar a las reglas generales propuestas hasta el momento.

i') El paciente consiente la producción de un resultado lesivo para su integridad corporal, por ejemplo la amputación de un órgano, y por causa del procedimiento sufre una lesión atribuible a uno de los riesgos inherentes a éste, del que no fue informado

En la práctica médica son conocidos riesgos como los de infección nosocomial tras procedimientos quirúrgicos, es decir, de infección de la herida quirúrgica por bacterias que habitan en el medio quirúrgico y cuya intervención oportunista compromete un porcentaje importante de procedimientos; sin que las medidas adecuadas de asepsia logren disminuir las tasas de infección.

Si, por ejemplo, una persona se somete a una cirugía de esterilización de las que prevé el art. 156 CP, sin ser informada sobre el riesgo de infección y a pesar de las medidas de asepsia previa a que se somete el instrumental sufre una infección con efectos graves para su salud, resulta posible manifestar que el consentimiento dado para el procedimiento comprendía también la realización de la actuación correspondiente; lo que no parece justificado es entender que en estos casos en los que el profesional de la salud conoce los

⁴¹³ “... cuanto mayor sea la gravedad del enfermo, mayores serán los riesgos que pueda asumir el médico en su actuación”, ROMEO, *El médico y el Dp*, p. 238.

⁴¹⁴ Sobre el régimen jurídico de la investigación científica, la experimentación terapéutica incluida, ESER, “El investigador como ‘autor’ y ‘víctima’”, *passim*.

riesgos y no advierte de ellos al paciente, se pueda descartar la responsabilidad invocando la existencia de un caso fortuito.

Es cierto que el cirujano no puede saber con certeza si el paciente se va a infectar, y que a nivel técnico no se le puede exigir nada distinto a adoptar las medidas de asepsia y antisepsia establecidas por la *lex artis*; lo que sin embargo sí se le puede exigir es que advierta al paciente acerca de las posibilidades de efectos adversos, para que a sabiendas de ellos éste decida si se somete o no al procedimiento. No hacerlo implica la desaprobación jurídica del riesgo y permitirá atribuirle carácter imprudente (por el despliegue de un riesgo jurídicamente desaprobado) a la actuación del profesional.

j') El paciente emite un consentimiento viciado por error o por fuerza

La solución de los casos que se presenten en los eventos de consentimiento viciado, obligan a indagar por la “competencia” del profesional de la salud respecto a la ocurrencia del vicio, y a la posibilidad en que estuviera de ayudarle al paciente a superarlo, y además del aspecto sobre el que recaiga el vicio.

Así por ejemplo, es posible que el paciente consienta al tratamiento médico en virtud de un error, porque no comprendió de forma adecuada las explicaciones que se le dieron, pese a haber manifestado que sí lo había hecho. En este caso, no es razonable atribuir responsabilidad al profesional de la salud que desplegó las actuaciones adecuadas para informar debidamente a su paciente, pero del que al final hay que señalar que no fue exitoso en la transmisión de la información, sin que él pudiera advertirlo por las manifestaciones en sentido contrario, en apariencia razonadas, del paciente.

Si se trata de error dolosamente generado por el profesional de la salud, o de una intervención desplegada en contra de la voluntad del paciente, habrá lugar a predicar el incumplimiento de las cargas de información que hacen parte de la *lex artis* y según el resultado y en caso de darse los demás elementos fundantes de la tipicidad, podría atribuirse un delito de lesiones o de homicidio, doloso o imprudente en función de la representación que tuviera del resultado; y además, en caso del ejercicio de violencia de un constreñimiento ilegal.

Si los vicios del consentimiento son consecuencia de la actuación de terceros, y el profesional de la salud advierte dicha situación, la existencia de su parte de una posición de garante de los bienes jurídicos del paciente, derivada del inicio del tratamiento, lo pone en situación de ayudarle a éste a superar el vicio de que se trate. Su actuación con “aprovechamiento” del vicio en la voluntad del paciente pudiera hacerlo responsable de las consecuencias lesivas derivadas de la afectación del deber de “esclarecimiento”, como manifestación del deber de información que es.

La imputación de un delito de coacciones en eventual concurso con unas lesiones personales en caso de violencia ejercida por un tercero con quien el médico no ha acordado la situación, pero de la que este último se aprovecha, no sería descartable, dado que la estructura típica no parece exigir que la violencia sea ejercida por el mismo que se aprovecha del quebrantamiento de la voluntad de la víctima para obligarlo a hacer o tolerar algo.

Finalmente, coincide la doctrina en destacar que el error debe ser esencial. Cuando el error afecta aspectos insustanciales se entiende que no hay lugar a predicar la ilicitud de la actuación que se despliega con apoyo en él⁴¹⁵.

2. La atribución del resultado al injusto

A lo largo de este trabajo se ha asumido que la estructura básica del delito imprudente de resultado exige constatar la causación de un resultado a través de una actuación imprudente a la que aquél también debe atribuírsele normativamente. Hasta el momento se han analizado las condiciones en las cuáles es posible afirmar el carácter imprudente o generador de riesgos desaprobados de la actuación; el paso siguiente consiste en indagar por las condiciones en las que puede atribuirse el resultado a dicha conducta⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Un análisis diferencial según las facetas que pudieran verse comprometidas por la actuación del profesional de la medicina en GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., pp. 147 y ss.

⁴¹⁶ A los objetivos de este trabajo, interesa fundamentalmente el análisis de la infracción del deber de cuidado y de la imputación del resultado. La consolidación de la teoría de la imputación objetiva, entre otras causas, ha hecho que en el último tiempo la discusión acerca del problema causal no mantenga la relevancia de hace algunos decenios. Los problemas atinentes a la configuración típica de éstos, y a la causalidad, no serán objeto de análisis específico más allá de lo que exija el desarrollo de la exposición.

En esta vía de análisis se asume que la configuración del injusto precisa de un desvalor de resultado, concretado en la afectación de un bien jurídico-penalmente protegido; desvalor que dependerá de las condiciones que determinen la imputación del resultado.

En la actualidad goza de pacífica aceptación que la relación causal entre la actuación y el resultado no es suficiente para atribuirle éste a aquélla, siendo necesaria la existencia de un elemento adicional, complementario de la relación causal, que es el vínculo normativo entre comportamiento ilícito y resultado. Si se asume, como aquí, la pertenencia del resultado a la estructura del injusto, se debe concluir que la ausencia del elemento por el que se indaga en los delitos cuya tipicidad lo exige, impide la configuración, por lo menos, de un injusto pleno (o consumado, y dada la impunidad de la tentativa imprudente, casi con seguridad la inexistencia de cualquier clase de injusto en estos últimos delitos).

Mediante la exigencia de un vínculo normativo entre la actuación del agente y el resultado, se pone de presente entonces que la actuación imprudente, en cuanto tal, no solo debe causar, sino que también debe “configurar” jurídicamente el resultado. La determinación de esa relación normativa entre actuación y resultado, ha sido considerada por ROXIN como el problema “más discutido desde la postguerra en relación con la idea de riesgo”⁴¹⁷

En busca de la solución más adecuada para este problema, se exponen a continuación las principales propuestas de explicación de dicha relación, que son las ofrecidas por las teorías de la adecuación, del nexo de determinación o de antijuridicidad, del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma.

Pese a que en la doctrina tradicional esta cuestión se ha centrado en la problemática del delito imprudente, en el entendido de que en el delito doloso era suficiente la existencia de dolo, que condicionaría de manera especial el ámbito de lo ilícito, en los últimos años se asume que también en el ámbito de la actuación dolosa es necesaria la existencia de un ligamen normativo entre ambos extremos, que complemente lo que a la solución de este

⁴¹⁷ ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 379.

problema puede ofrecer el dolo⁴¹⁸; cuestión que entronca a su vez con la de la identidad o no del tipo objetivo en los delitos dolosos e imprudentes, sobre la que discute la doctrina reciente⁴¹⁹.

a. Planteamientos acerca del vínculo normativo entre actuación ilícita y resultado

La teoría de la imputación objetiva ha explicitado un requisito fundamental de la posible imputación del resultado a la actuación imprudente: el resultado debe ser una materialización del mismo riesgo desaprobado jurídicamente que hubiera de atribuirse al autor; sin dicha identidad, no podrá considerarse que la actuación constituye realización del injusto⁴²⁰. Sin embargo, la identidad entre el riesgo desaprobado y el que se realiza en el resultado, es solo una de las formas posibles de configurar el vínculo normativo que debe haber entre la actuación de riesgo y el resultado. Las principales teorías sobre el vínculo que debe mediar entre actuación y resultado típico son las siguientes.

i) La teoría de la causalidad adecuada

En los orígenes de la teoría del delito el problema central de la ilicitud consistía en determinar cuándo una conducta podía considerarse causante de un resultado. En ese primer momento, esta cuestión fue resuelta con ayuda de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴²¹, que sin embargo, tenía el problema de atribuir carácter causal, y con ello,

⁴¹⁸ ROXIN, "... el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, o sea, p. ej., de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, solo se discutirá a continuación", *DP, PG*, T. I, p. 363, ap. 38.

⁴¹⁹ Además de las ya expresadas, pueden verse referencias al respecto en QUINTERO, *PG*, 3 ed., pp. 351, 352; muy crítica GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 158, 159.

⁴²⁰ En este sentido, ROXIN, *DP, PG*, T.I, p. 375; sobre esta misma cuestión, aunque con matizaciones, JAKOBS, *DP, PG*, pp. 273, 274; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 557-561.

⁴²¹ ENGISCH, en una obra de 1931 señalaba que según "la versión actualmente al uso" de esta teoría "un resultado está causado por una conducta humana cuando esta conducta no puede ser suprimida mentalmente sin que también el resultado desaparezca, cuando, sin la conducta, el resultado, no se habría producido", *La causalidad como elemento de los tipos penales*, p. 30; sobre esta teoría, también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, p. 567; ROXIN, *DP, PG*, T. I., pp. 348-349.

relevancia jurídica a una serie de factores que se podía advertir que no eran trascendentes para el derecho penal.

En un momento en que la causalidad era el núcleo de la tipicidad, el espectro de lo ilícito, determinado según la teoría de la equivalencia de las condiciones, resultaba muy amplio.

La teoría de la causalidad adecuada surgió con la pretensión de delimitar el ámbito de lo punible, restringiendo la relevancia jurídica de algunos eventos vinculados causalmente con el resultado. Se atribuye a von KRIES la elaboración primera del concepto de adecuación, según el cual tendrían carácter causal aquellas condiciones que de acuerdo con la experiencia fueran apropiadas para producir un resultado⁴²². En una versión muy extendida de esta teoría, se considera como causa

“no a toda condición del resultado no susceptible de ser eliminada, sino tan solo a aquella que, conforme a la experiencia (‘generalizando’ pues), es adecuada para producir el resultado típico. Causa lo es pues, únicamente la condición adecuada al resultado”⁴²³.

Sin embargo, la doctrina posterior relaboró el concepto de adecuación (asentado como se dijo sobre la idoneidad general, según la experiencia, para producir el resultado) mediante la paulatina incorporación de elementos relacionados con la “faceta subjetiva” de la actuación; y en concreto con la previsibilidad del resultado⁴²⁴, determinada a partir de los

⁴²² ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, pp. 85, 86.

⁴²³ MAURACH, *Tratado*, I, p. 235; en igual sentido, ROXIN según el cual, la teoría de la adecuación “parte de la base de que una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así”, *DP, PG*, T.I., p. 360.

⁴²⁴ Existen referencias que reflejan la oposición de VON BAR, a quien también se atribuye un papel determinante en la configuración de la teoría, a la posibilidad de incluir en el juicio de adecuación consideraciones relacionadas con la previsión o la previsibilidad del resultado. Así por ejemplo, REYES ALVARADO: “Extrañamente se ha venido generalizando la idea de que la teoría de la adecuación permite adoptar como causa aquella condición que previsiblemente conduzca al resultado, introduciéndose así un concepto que como el de previsibilidad no solo fue ajeno a los planteamientos iniciales de von BAR sino que además fue expresamente criticado por él como mecanismo de selección de la causa adecuada”. *Imputación objetiva*, 3 ed, pp. 25, 26.

conocimientos que debiera tener un hombre medio, y de los conocimientos especiales que tuviera el agente al realizar el comportamiento. El vínculo causal tendría entonces naturaleza normativa, y estaría condicionado por los resultados del juicio *ex ante* y no por lo que fuera objeto de constatación *ex post*.

En consonancia con ello, y respecto a la aparición de eventos imprevisibles durante el desarrollo del proceso causal, se generalizó el empleo de expresiones referidas a la “interrupción del nexo causal”, idea que posteriormente fue abandonada con el argumento de que los cursos causales existen o no, pero no se interrumpen⁴²⁵.

Las implicaciones de esta conclusión, en relación con el concepto de causalidad, cuyo carácter ontológico no dejó de defenderse, obligó a la búsqueda de correctivos, que podrían surgir del traslado de los criterios normativos empleados por la teoría de la adecuación (a la que se podía considerar un juicio de “tendencia”), al ámbito de las categorías propiamente normativas de la teoría del delito, concretamente a la tipicidad o a la antijuridicidad⁴²⁶. A partir de esa idea, la doctrina mayoritaria optó por considerar a la de la adecuación como una teoría del injusto más que de la causalidad, orientando hacia la primera de dichas categorías todo el análisis propio de aquella.

Sobre esta base, desde el punto de vista lógico, el paso siguiente consistía en establecer cómo desarrollar el juicio de adecuación. GIMBERNAT señala que el juicio depende del conocimiento por el sujeto de dos tipos de datos diferentes: unos ontológicos, referidos a la percepción de hechos y en relación con ellos a la comprensión de leyes de la experiencia; y otros nomológicos, referidos a las leyes de la naturaleza⁴²⁷.

⁴²⁵ Así por ejemplo, ya, JIMÉNEZ DE ASÚA, “Ahora bien, puede hablarse de una nueva serie causal, pero no de interrupción de la causalidad”, *Tratado*, t. III, p. 582.

⁴²⁶ “El fallo de la teoría de la adecuación reside -...- en que para alcanzar resultados admisibles y que respondan a nuestro sentido de la justicia, quiere limitar la teoría de la condición precisamente en la causalidad. Contradice la naturaleza de las cosas hacer depender la existencia o no existencia de la relación causal de la previsibilidad del resultado”, GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 71.

⁴²⁷ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 39, 40.

En las personas, esos conocimientos son “relativos”⁴²⁸, por lo que, en últimas, solo pueden emitirse juicios de tendencia, es decir, de probabilidad de la ocurrencia de un resultado como consecuencia de la realización de una conducta humana. El grado de tendencia estaría relacionado de manera directa con la caracterización como apropiada de la condición cuyo carácter causal se pretendiera establecer, lo que dependería de la combinación de tres factores distintos: las bases del juicio de posibilidad, el grado de posibilidad requerido y la generalización del resultado y de la magnitud que, de ser el caso, se exigiera de cada uno de ellos⁴²⁹.

El juicio de adecuación se formularía atendiendo todas las condiciones conocidas y cognoscibles para un hombre prudente, las que casualmente conociera el autor, las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción, y todas las leyes que por el azar o por conocimientos teóricos excepcionales, hubiera conocido aquél⁴³⁰.

La pregunta por el grado de tendencia, pretendía determinar el grado de probabilidad de producción del resultado necesario para considerar al comportamiento adecuado para la causación. GIMBERNAT ha resaltado cómo la imposibilidad de suministrar un criterio exacto, obliga a aceptar, solamente, criterios de decisión razonable⁴³¹; demostrando además que la vinculación entre adecuación y previsibilidad exigía que el resultado fuera considerado en concreto⁴³².

Esta teoría ejerció una notable influencia sobre la ulterior elaboración de la teoría de la imputación objetiva por parte de ROXIN, como han destacado este mismo autor, y algunos de los estudiosos de su teoría⁴³³.

⁴²⁸ En este sentido, MIR PUIG: “la conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador, es una de las características de nuestro siglo”, “La perspectiva ‘ex ante’”, p. 5.

⁴²⁹ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 30 y ss.

⁴³⁰ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 39-40.

⁴³¹ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 43.

⁴³² GIMBERNAT, *Delitos cualificados* p. 49. Sobre la significación de este requisito, véanse también ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, p. 105; SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en Dp*, pp. 28-32

⁴³³ ROXIN, reconoce la influencia de la teoría de la adecuación sobre la imputación objetiva, aunque destaca también el ulterior proceso de desarrollo autónomo, *DP, PG*, T. I, p. 361, nro. 34; en sentido similar

ii) *La teoría del nexo de determinación o de antijuridicidad*

En el ámbito particular de los delitos imprudentes la teoría más tradicional y quizás todavía predominante entre la doctrina para explicar la relación entre actuación y resultado⁴³⁴, considera que el vínculo normativo entre comportamiento y resultado, complementario del causal, debe ser una relación de antijuridicidad o de determinación del segundo por el primero. Según esta teoría del nexo o relación de determinación (a la que algunos denominan nexo de antijuridicidad, y otros incluso de culpabilidad), el resultado se atribuirá a la infracción del deber de cuidado, si fue determinado por ella, lo que dependerá de que con la observancia del deber de cuidado correspondiente a la situación, el resultado no se hubiera producido.

Comparar lo acaecido en la realidad con lo que hubiera sucedido con un comportamiento cuidadoso, supone la formulación de un curso causal hipotético y el recurso, en un ámbito normativo, a la fórmula de la *conditio sine qua non*. WELZEL es un típico representante de esta línea de pensamiento. Para él:

SCHÜNEMANN, sostiene que por razones de prevención general la teoría de la adecuación, correcta en su origen, resulta insuficiente para limitar el injusto, lo que obligó a buscar a partir de ella otros criterios de restricción. “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, p. 76.

⁴³⁴ Como se verá en seguida, esta teoría se asienta sobre el empleo de cursos causales hipotéticos. La validez de éstos en la determinación del vínculo normativo entre acción y resultado, y su extensión en la doctrina es objeto de apreciaciones diferentes. FRISCH, por ejemplo, después de expresar los argumentos mediante los cuales se critican las fórmulas hipotéticas destaca que éstas sigan dominando el espectro de la doctrina y de la jurisprudencia: “Finalmente existe también acuerdo sobre el segundo grupo significativo de problemas de los que se ocupa la cláusula de realización del riesgo: se admite que el resultado producido no debe imputarse al autor cuando éste se habría producido igualmente en caso de que la conducta del autor hubiese sido ajustada a derecho... Sin embargo, ..., éste desaparece (-el acuerdo-) cuando -como ocurre con frecuencia- no puede explicarse si el resultado hubiera podido evitarse o no mediante una conducta conforme a Derecho. La opinión absolutamente dominante niega la imputación en estos casos... Esta es también la opinión de la jurisprudencia (si bien siguiendo la terminología de la falta de causalidad de la infracción del deber o de la ausencia del nexo de antijuridicidad)”, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, pp. 29 y 30; también en *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 111 y 112.

SANCINETTI (“Reflexiones sobre la posible operancia de los cursos causales hipotéticos”, p. 228), por el contrario, califica de minoritaria la teoría que acepta los cursos causales hipotéticos en la imputación del resultado. Sin embargo, en el ámbito específico de la imputación del resultado en el delito imprudente, parece posible la consideración contraria, coincidente con la de FRISCH, es decir, la que en general acepta la operancia de éstos bajo la forma de nexo de determinación, como parece reconocerlo el mismo SANCINETTI, p. 229.

“la producción del resultado ha de ser justamente la concretización de la lesión del cuidado. *Tal no es el caso cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al cuidado, pero también se habría producido si la acción se hubiera ejecutado conforme al cuidado*” ...;

“Tiene que comprobarse que el resultado se ha producido en virtud de una lesión del cuidado, *con una probabilidad lindante en la certeza; de otro modo debe absolverse*” ...;

“Además el resultado producido interesa para el tipo solo en cuanto es concretización de la lesión del cuidado. Se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la previsibilidad objetiva de un hombre razonable”⁴³⁵.

Para esta teoría es fundamental la prueba de la eficacia de la norma de cuidado infringida en la situación concreta para la protección del bien jurídico; razón por la cual, si el resultado no se hubiera podido evitar mediante la realización del comportamiento cuidadoso, no podrá atribuírsele normativamente a la actuación imprudente. Aunado a ello, la eficacia de la observancia del cuidado para la evitación del resultado, ha de probarse con certeza. Toda duda acerca del efecto de la hipotética observancia del cuidado, obrará en favor del imputado⁴³⁶.

La aplicación del *in dubio pro reo* en los casos de duda sobre si el proceso de riesgo derivado de la causa de remplazo hubiera producido el resultado, desestructurándose así el injusto en esos casos por ausencia de desvalor de resultado⁴³⁷, ha sido uno de los aspectos más cuestionados por la doctrina⁴³⁸.

⁴³⁵ WELZEL, *DP alemán*, 11 ed, pp. 193 y 194, cursiva ajena al texto original; en sentido similar, VELÁSQUEZ, *DP, PG*, 4 ed., pp. 688, 689.

⁴³⁶ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 131.

⁴³⁷ Así por ejemplo, CEREZO MIR: “Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado tiene que existir una conexión interna. Es preciso que el resultado se haya producido *precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido*. De lo contrario no podría afirmarse que el resultado se hubiera causado u ocasionado por imprudencia grave o por imprudencia leve. Es necesario que se demuestre, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el deber objetivo de cuidado. Mientras aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en

Otras muchas críticas se le han dirigido a esta teoría. Para empezar, se le reprocha el empleo de la *conditio sine qua non*⁴³⁹, mediante la fórmula de “lo que hubiera pasado si...”, que ha sido objeto de críticas prácticamente incontestables en el ámbito de la causalidad⁴⁴⁰. También se señala que la relación de determinación permitiría que el causante de un resultado típico quedara impune en caso de que se demostrara la posible ocurrencia del resultado por obra de un curso causal ajeno por completo al que se haya probado que fue el productor del resultado⁴⁴¹, lo que condicionaría la responsabilidad penal a una conducta que no fue realizada y cuyo desarrollo a lo mejor nunca podrá establecerse (pues siempre subsistirá algún grado de incertidumbre respecto a los efectos del comportamiento adecuado que se deba introducir como baremo de comparación, justamente por el hecho de no haber existido en la realidad).

En su crítica a esta teoría, ROXIN y GIMBERNAT⁴⁴² coinciden en un aspecto ya señalado: que la situación de desprotección o de desamparo del bien jurídico no justifica ni autoriza la inobservancia de la norma de cuidado, lo que podría ser un efecto de la aplicación consecuente de ésta. En los casos de bienes jurídicos en situaciones de inminente afectación, como en el de un paciente agonizante, o incluso en los eventos de exposición a una situación de riesgo apenas abstracto, la teoría del nexo de determinación o de antijuridicidad, podría

caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente debido el Tribunal debe absolver (*in dubio pro reo*)”, *Curso*, II, 6 ed., p. 186.

⁴³⁸ Aludiendo a un planteamiento de Art. Kaufmann, en su momento ROXIN señaló lo discutible que sería afirmar que “falta el desvalor del resultado en la destrucción de un objeto “que ya encierra en sí mismo el germen del daño”, “Infracción del deber y resultado”, p. 165.

⁴³⁹ En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA: “¿Por qué una fórmula que ya en la averiguación de la causalidad se ha mostrado no solo ineficaz sino incluso distorsionante va a resultar útil y correcta en la comprobación de una relación normativa”, *Imputación objetiva*, p. 201; retomando así una idea que ya antes había expresado GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 135.

⁴⁴⁰ Así, ROXIN, *DP, PG*, T. I, prg 11, nums. 11 y 12, p. 350, al señalar que la teoría de la condición “presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma”, y que “puede inducir a error... especialmente en ciertos casos de causalidad hipotética y alternativa”.

⁴⁴¹ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 135.

⁴⁴² Manifiesta el profesor alemán que “el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que posiblemente rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado... ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los riesgos para la víctima!”, ROXIN, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 78, p. 382.

tornar innecesaria la observancia de las medidas establecidas para la salvaguarda del bien jurídico.

Finalmente, dicen los críticos, que toda sentencia condenatoria violaría el *in dubio pro reo*, porque “nunca se podría llegar a un conocimiento seguro de lo que le ocurriría a la víctima en los próximos días”⁴⁴³.

ROXIN ejemplifica esta crítica, así:

“piénsese en el caso tan importante en la práctica, de que durante una operación un médico provoque la muerte del paciente a causa de un craso error profesional. ¿Es que acaso se le podrá exonerar de toda responsabilidad alegando que es posible que de todos modos, dada la dificultad del caso también hubiera causado la muerte una operación realizada conforme a la *lex artis*? No creo que se pueda sostener tal hipótesis”⁴⁴⁴.

Los efectos político criminales de la teoría del nexo de determinación, han sido rechazados por posibilitar la absolución de los autores de una serie de comportamientos que por su concreta forma de aparición, sus críticos estiman que deberían merecer una sanción penal. GIMBERNAT por ejemplo, después de cuestionar esta teoría imputándole partir de intuiciones, señala que en los casos propuestos por él para analizarla, es insatisfactoria una absolución, cuando lo correcto sería la emisión de una condena, o por lo menos la afirmación de la tipicidad⁴⁴⁵.

⁴⁴³ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 135.

⁴⁴⁴ ROXIN, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, p. 159.

⁴⁴⁵ Al aludir a la teoría del nexo de determinación señala GIMBERNAT que “Todos los indicios hacen suponer que después de que intuitivamente se ha llegado a la conclusión de que una condena sería injusta, se acude a la teoría de la *conditio sine qua non* sin preocuparse mucho de que su aplicación sea la considerada de ordinario como correcta”, *Delitos cualificados*, p. 131.

ROXIN, muy crítico también con los resultados de esta teoría, manifiesta que “Se siente que es injusto que alguien sea castigado por una infracción del cuidado aunque el resultado también se hubiera producido con una conducta adecuada. Pues bien, el sentimiento de justicia raras veces se equivoca completamente; pero solo puede basar una teoría sin más fundamentación si la fórmula en que se plasma garantiza resultados correctos siempre que es aplicada. Y aquí no ocurre eso”, “Infracción del deber y resultado”, p. 59.

iii) *La teoría del incremento del riesgo*

Como se observa en lo acabado de expresar, autores como ROXIN se manifiestan muy críticos con la teoría del nexo de determinación o de antijuridicidad, a la que presentan como animada por un equívoco sentimiento de justicia, por lo que le atribuyen unos resultados insatisfactorios. Reconociendo, sin embargo, la necesidad de un específico vínculo normativo entre actuación y resultado, este autor ha propuesto configurarlo a través del criterio del incremento del riesgo.

Por tratarse de una valoración *ex post* de los efectos de la actuación, esta teoría propone comparar el peligro que el comportamiento imprudente generó para el bien jurídico, con el que habría creado un comportamiento cuidadoso (o generador de riesgos permitidos). Si de esa comparación se concluye que la conducta que creó el riesgo desaprobado no elevó la posibilidad de ocurrencia del resultado, lo que debería ser cuantificado por métodos científicos, el resultado no se imputará objetivamente a la actuación. En caso contrario, sí.

ROXIN presenta así su propuesta de determinación del incremento del riesgo:

“La cuestión... debe juzgarse, como también en general la realización del peligro, *ex post*. Es decir, que han de considerarse todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas,... Sobre la base de ese supuesto de hecho, a continuación hay que examinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro (...), o sea, si habría incrementado sus posibilidades de salvar la vida. Para ello hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que “examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado), o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece *in concreto*

Y MARTÍNEZ ESCAMILLA: “El gran número de seguidores con que cuenta esta doctrina parece deberse, más que a su corrección, al hecho de que, ante un problema tan complejo, la teoría tradicional ofrece una solución clara, una fórmula familiar y no demasiados problemas de fundamentación dogmática. Sin embargo, la claridad no es siempre sinónimo de corrección”, *Imputación objetiva*, p. 199.

inidónea o al menos impracticable (y en tal caso no habrá imputación del resultado)”⁴⁴⁶.

Aunque este autor entiende que la elevación del riesgo por encima de lo permitido, queda sujeta a determinación pericial, lo que en su sentir liberaría de probar el posible “desenvolvimiento” de cursos causales hipotéticos, también señala que “..., en ese enfoque normativo ciertamente se tomará en consideración el resultado de una comparación ‘naturalístico-estadística’ entre la conducta real y la hipotética”⁴⁴⁷.

El cálculo que propone ROXIN respecto a las posibilidades de ocurrencia del resultado con y sin la infracción del deber de cuidado, evidencia que a pesar de lo radical de su oposición a los cursos causales hipotéticos⁴⁴⁸, termina por recurrir a ellos, pues al indagar por el desarrollo que habría tenido la conducta de riesgo permitido a efectos de mensurar las posibilidades de ocurrencia del resultado asociadas a ella y a la conducta cuidadosa no realizada, en procura de establecer si el riesgo fue incrementado, termina haciéndose un

⁴⁴⁶ ROXIN, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 77, pp. 381, 382.

En sentido similar varios años antes había manifestado: “Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente”, “Infracción del deber y resultado”, pp. 167-168.

⁴⁴⁷ ROXIN, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 77, p. 382.

⁴⁴⁸ La relevancia de los cursos causales hipotéticos es una de las cuestiones más debatidas por la doctrina reciente. JAKOBS, que les reconoce algún efecto, fundamenta así su irrelevancia como principio general: “No hay pues, ningún principio que diga que un bien cuya existencia está de todos modos amenazada ya no se encuentra normativamente garantizado”, *DP, PG*, p. 292, nro. 90.

La postura contraria la caracterizan autores como ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, para quienes “Este planteamiento solo es admisible absolutizando por completo el pensamiento preventivista y complementándolo con un cerrado desvalor de acción: de otro modo no se explica que la norma pretenda tutelar bienes insalvables. Se trata de un preventivismo tan idealista que pretende tutelar lo que nadie puede salvar”, *DP, PG*, 2 ed., p. 560, nro. 2.

ejercicio de causalidad hipotética en función de la cual se determina la licitud o no del segundo⁴⁴⁹.

No resulta exitosa entonces, la pretensión del profesor alemán de desterrar del ámbito de la realización del riesgo el empleo de un recurso similar en su estructura a los cursos causales hipotéticos: mediante el cálculo de probabilidad de ocurrencia de la lesión, por más que no sea otra cosa que un cálculo estadístico, se introduce la consideración de una conducta que no fue realizada (la que habría generado un riesgo permitido⁴⁵⁰), y de lo que habría sido el desarrollo del riesgo, pues no se debe olvidar que se está en el ámbito de la valoración *ex post*.

A pesar de no compartir los resultados finales de la teoría del incremento del riesgo, GIMBERNAT expone las razones que en su sentir hacen incorrecta la crítica acabada de mencionar, replicando no solo que es posible la determinación cuantitativa (estadística) de la peligrosidad de una y otra actuación⁴⁵¹, sino también la comparación de ambas, sin que ello implique el despliegue de un curso causal hipotético, pues se trataría básicamente de una medición de peligros; sin embargo, hay que señalar que aunque sea con la ayuda de

⁴⁴⁹ Por ello señala, “Por tanto, se puede ver que los cursos causales hipotéticos a veces influyen sobre la creación del peligro y con ello sobre la imputación al tipo (-en los supuestos de disminución del riesgo y de mejora del objeto de la acción y en los de modificación de una causalidad natural sin alterar, empeorándola, la situación de la víctima-), pero que en la mayoría de los casos las dejan intactas”, ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 370.

⁴⁵⁰ En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, “¿Cómo aplicar, pues, la teoría del incremento del riesgo, si no es acudiendo a los cursos causales hipotéticos, es decir, planteando la siguiente pregunta: ¿qué riesgo de producción del resultado muerte generaría el adelantar con una separación de 1-1,50 metros y a una velocidad X a un ciclista que presentaba un índice Y de intoxicación alcohólica?, y ¿no es este interrogante una aplicación solapada de la *conditio sine qua non*?”, *Imputación objetiva*, p. 221.

⁴⁵¹ En respuesta a la crítica, señala: “Contra la teoría de ROXIN, ULSENHEIMER recoge la objeción de SPENDEL de que aquél, aunque lo niegue, opera también con una comparación entre el proceso real y el hipotético. Que esta objeción carece de base, creo haberlo demostrado supra, nota 75”; y en aquella nota señalaba que si una caja contenía 50 bolas blancas y otras tantas negras, y otra contenía 60 negras y 40 blancas, y el legislador consideraba permitido un riesgo de 50 por ciento de probabilidad de extraer bolas negras, introducir la mano en la segunda caja generaría un riesgo no permitido por ese incremento del 10% de probabilidades de sacar bolas negras. De esa manera se logra eludir la mención explícita del comportamiento de introducir la mano en la primera caja, pero parece evidente que la descalificación del segundo riesgo se efectúa por comparación con la otra conducta, a la que se considera generadora de un riesgo permitido, en la medida que el Legislador está dispuesto a soportar un riesgo de extracción de bolas negras de hasta el 50% como máximo. *Delitos cualificados*, pp. 138, nota 75; y 147, nota 95 a), respectivamente.

procedimientos matemáticos de cálculo del riesgo, en el procedimiento propuesto por ROXIN se está comparando la peligrosidad de la conducta realizada, con la de otra que no fue llevada a cabo, lo que implica tener en cuenta una mera hipótesis para determinar la ilicitud, que justamente, es a lo que este autor quería renunciar.

Además, en la solución de los casos concretos resulta muy difícil para ROXIN renunciar al recurso de “lo que hubiera pasado si...”, que caracteriza al nexo de determinación. Podría decirse que ello no es un problema de la teoría, sino de la forma de aplicarla; pero en realidad, lo que subyace en el fondo de la cuestión es la viabilidad de renunciar a la comparación de la conducta realizada con la que se hubiera debido ejecutar. Así por ejemplo, al analizar el caso de unos peatones que caminaban por una carretera por un lado distinto del que reglamentariamente les correspondía (aquel por el que pudieran ver siempre de frente los vehículos que se desplazaban en dirección contraria a la suya), y contra quienes colisionó un motociclista que falleció a consecuencia del accidente, este autor, al criticar la sentencia condenatoria por homicidio de los peatones, según la cual si éstos se hubieran desplazado por el otro lado de la carretera la colisión no se habría producido, manifiesta que en tal caso no hay lugar a imputar responsabilidad:

“..., la decisión solo puede depender de si, dado el modo de conducir del motorista, habría disminuido el riesgo en caso de que los peatones, comportándose de un modo permitido, hubieran estado parados en el lugar del accidente o hubieran venido caminando en sentido contrario. Tal disminución del peligro es *imaginable*, porque entonces los dos procesados *presumiblemente habrían vuelto la cara* hacia la moto que se acercaba, *con lo que quizás todavía hubiera quedado tiempo para esquivarla*. Pero si el riesgo no fue incrementado en concreto por la conducta de los peatones porque la motocicleta se lanzó tan repentinamente contra ellos *que de todos modos ya no habrían podido realizar movimiento alguno para esquivarla*, en tal caso no son culpables de homicidio imprudente, por mucho que, si su conducta hubiera sido reglamentaria, habrían marchado por el otro lado de la calzada y el accidente no se habría producido”⁴⁵².

Como se observa en los apartes resaltados, al desarrollar su teoría del incremento del riesgo en los casos concretos, ROXIN no logra desprenderse del recurso a los cursos causales

⁴⁵² ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 178. Cursiva añadida.

hipotéticos, y se constata, además, que en muchos casos la comprobación de si el peligro fue incrementado, no es susceptible de determinación pericial: que los procesados presumiblemente hubieran vuelto la cara, que quizá todavía les quedara tiempo para esquivar la motocicleta, o que ante la rapidez de desplazamiento de ésta no existiera posibilidad de realizar movimiento alguno, no son otra cosa que juicios hipotéticos, a los cuáles se condiciona la atribución de un riesgo ilícito al sujeto, sin que algunos de ellos sean susceptibles de medición pericial.

Ese mismo caso pone de presente además la falta de claridad respecto al referente de comparación con ayuda del cual determinar si el riesgo ha sido incrementado, pues son múltiples las variantes que se van introduciendo a efectos de extender la responsabilidad a una serie de supuestos que, de otra manera, no podrían considerarse generadores de ella.

Igual sucede, en el célebre caso del farmacéutico⁴⁵³: a medida que se van intentando soluciones, se modifica el supuesto, de manera que no se establece con claridad cuál es el comportamiento que mantendría el riesgo dentro del ámbito de lo permitido, y que sirve de baremo de comparación para enjuiciar la actuación realizada. Según ROXIN:

“Si un médico consciente de su responsabilidad tampoco hubiera obrado de modo distinto a como lo hizo el farmacéutico, el hecho de prescindir de la consulta generalmente obligada no es una circunstancia que aumente el riesgo ni supone, por tanto, una lesión que encaje en el tipo del prg 222 StGB”⁴⁵⁴,

Conclusión que supedita a establecer si la ausencia de controles periódicos era conforme o no con el arte médico.

⁴⁵³ Este es uno de los casos alrededor de cuyo análisis se ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva y que consiste básicamente en lo siguiente: un médico ordena a un niño un complejo a base de fósforo. La madre acude de nuevo a la farmacia sin receta (o fórmula) y solicita, en cuatro ocasiones más, la venta de la sustancia, lo que en efecto sucedió. El niño fallece como consecuencia de una intoxicación por fósforo. Abierto un proceso penal contra el farmaceuta, éste logra demostrar que si se la hubieran pedido, el médico habría expedido la receta. El supuesto fáctico del caso en Art. KAUFMANN “La importancia de las causas del resultado hipotético”, p. 137; ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 149,

⁴⁵⁴ ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 171.

Más adelante, sin embargo, el autor modifica la hipótesis, en procura de esclarecer qué es lo permitido, para sostener:

“Distinto sería si el médico, de haberse proseguido el tratamiento con controles permanentes hubiera podido comprobar los síntomas de envenenamiento en un momento en que todavía hubiera sido posible la salvación. Aunque solo existiera una probabilidad científicamente demostrable de ello, la conducta del farmacéutico, habría tenido el efecto de incrementar el peligro y habría traspasado los límites del riesgo permitido, por lo que estaríamos ante un homicidio imprudente”⁴⁵⁵.

Retomando el análisis de GIMBERNAT sobre la solución propuesta por ROXIN para el caso del farmaceuta, MARTÍNEZ ESCAMILLA señala que, para resultar consecuente la solución, el incremento del riesgo habría de establecerse respecto a la exigencia por parte del farmaceuta de la fórmula médica, y no en relación con el comportamiento que la ciencia médica hubiera tenido por adecuado⁴⁵⁶. Esa alteración del método se explica por la preocupación que genera al autor alemán la posible impunidad de una actuación a la que considera penalmente relevante, pero genera a la vez contradicciones con el planteamiento básico.

Aunque la propuesta de ROXIN fuera acertada y superara críticas como las de los autores españoles citados respecto a la errada selección del comportamiento con el cual efectuar la comparación, existe otro problema consistente en la gran cantidad de supuestos de este tipo en los que existe una limitación probatoria derivada del carácter personal del objeto de prueba, que en muchos casos imposibilita determinar lo que hubiera sido el desarrollo de un proceso de riesgo; por ejemplo, cuando una persona fallece como consecuencia de la reacción a un medicamento, cuyo suministro se considera generador de riesgos desaprobados, no existe forma de establecer lo que hubiera sucedido con un comportamiento cuidadoso (evidentemente no con esa víctima, que falleció, pero tampoco se podría pedir a uno de sus parientes, o a alguna persona a la que se haya detectado alguna sensibilidad al medicamento, que se someta al suministro bajo controles de dicha sustancia, para ver qué sucedería en ese caso).

⁴⁵⁵ ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 172.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 212-213; GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 144, nota 88.

Otro aspecto relevante en la discusión es el del deber de observancia de las normas de cuidado aun en eventos de incertidumbre respecto a lo que hubiera sido su efecto. Como se puso de presente al referir las críticas a la teoría del nexo de determinación, ROXIN fundamenta su rechazo a ésta, en que: “¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente, aumenta los peligros para la víctima!”⁴⁵⁷.

Ello implica que para el profesor alemán se justifica la intervención punitiva siempre que la actuación desmejore la situación de exposición al riesgo del bien jurídico⁴⁵⁸. Es claro entonces, que esta propuesta extiende los alcances del sistema penal a un amplio número de supuestos, que con la propuesta alternativa (tradicional) serían impunes. Más adelante se intentará dilucidar qué tan justificada está dicha expansión.

El análisis del criterio del incremento del riesgo permite constatar que, en la práctica, toda infracción de la norma de conducta implicará una elevación del riesgo, entendida como un incremento de la exposición del bien jurídico a la posibilidad de lesión: como el objeto de las normas de conducta que ayudan a precisar el contenido de la prohibición de la norma que tipifica el delito imprudente consiste en contener, mantener en determinado nivel, o disminuir el riesgo de forma que no se supere el margen de lo permitido, la inobservancia de las medidas de precaución, siempre incrementará matemáticamente el nivel de exposición del bien jurídico al riesgo, salvo que también con un comportamiento generador de riesgos

⁴⁵⁷ ROXIN, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 78, p. 382.

⁴⁵⁸ En el mismo sentido BACIGALUPO: “... el criterio de la teoría de la elevación del riesgo es preferible, dado que mientras existe la posibilidad de que el resultado no se produzca, toda contribución al peligro existente perjudica la situación del objeto de la acción”, *Principios de DP, PG*, p. 199; y SCHÜNEMANN: “debe analizarse ex post si la norma de cuidado infringida ex ante aún puede ser considerada, conforme a las circunstancias ahora conocidas, como un medio apropiado político-criminalmente para impedir el resultado producido. Sin duda, las normas que no excluyen el riesgo de la producción del resultado en un cien por ciento, sino que solamente lo reducen, también son apropiadas desde el punto de vista político criminal”, “La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Dp.”, p. 32.

PUPPE por su parte acepta la teoría del incremento del riesgo, aunque solo en ámbitos en los que no exista certeza sobre el desarrollo de los cursos causales: “Si para fundamentar la imputación del resultado por la infracción del deber de cuidado del autor no basta el incremento del riesgo, sino que se requiere un conocimiento absoluto de que la infracción del deber de cuidado es necesaria dentro de la explicación causal, no habrá manera de imputar en ámbitos en los que los cursos causales no están determinados absolutamente. Y esta consecuencia es inaceptable”, *Imputación objetiva*, p. 76.

permitidos, aquél estuviera abocado a la lesión⁴⁵⁹, que es la única hipótesis en la que ROXIN parece dispuesto a asumir la no imputación del resultado, y justamente porque la probabilidad de lesión con el comportamiento generador de riesgos permitido era ya cuantitativamente insuperable⁴⁶⁰.

Ello implica que prácticamente en todos los casos, la transgresión de la norma técnica o reglamentaria, supone un aumento automático de las posibilidades de lesión del bien jurídico⁴⁶¹, con lo que el incremento del riesgo deviene en un criterio inexpressivo de cualquier posibilidad de contener la responsabilidad penal una vez que se constate que la actuación imprudente ha causado un resultado.

Por esa razón si el juicio de realización del riesgo en el resultado depende del incremento del mismo, cuando con la conducta generadora de éste y causante del resultado se infringió un deber de conducta, prácticamente de manera automática se afirmará el segundo momento del juicio de imputación; con la única excepción de los casos en que con la conducta permitida el bien jurídico hubiera de resultar lesionado, lo que, entre otras cosas, aparte de una cuantificación de riesgos supone el empleo de un verdadero curso causal hipotético.

Para ilustrar su teoría, ROXIN propone un caso que a la vez ayuda a explicar la crítica que aquí se formula: un conductor con alto grado de embriaguez circula a una velocidad alta, pero permitida (de 100 a 120 km/h), y a unos 30 o 40 metros de distancia se le atraviesa una motocicleta, con la que colisiona al no poder detener la marcha, muriendo el motociclista a consecuencia de la colisión. El conductor del ejemplo fue condenado porque, según la sentencia, debería haber conducido tan despacio que incluso alcoholizado, pudiera cumplir sus obligaciones en el tráfico.

⁴⁵⁹ “Esta imputación se debe negar solamente cuando el resultado se hubiese dado con seguridad en caso de una conducta conforme a derecho”, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 44,45. De esa manera se prescinde del régimen de prueba que según la teoría del nexo de determinación permitiría al procesado beneficiarse de la incertidumbre respecto a los efectos de “lo que hubiera pasado si...”; es decir, la incertidumbre respecto al curso que hubieran tomado los hechos con un comportamiento cuidadoso.

⁴⁶⁰ Al respecto, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, p. 111.

⁴⁶¹ En este sentido LUZÓN PEÑA: “si se compara la peligrosidad *ex ante*, este criterio supone una falsa petición de principio de que a veces puede no aumentarse el riesgo, pues por definición toda conducta incorrecta supone mayor peligrosidad que la del riesgo permitido”, *Curso*, p. 385.

Para ROXIN esta fundamentación es insatisfactoria, porque, considera, ninguna velocidad es adecuada para un conductor inhábil por causa del alcohol; no obstante lo cual, añade que el sujeto tendría que ser absuelto si fuera seguro que la embriaguez “no había influido en su forma de conducir y en el proceso del accidente”; a continuación, sin embargo, introduce una nueva excepción, a la precedente para atribuir el resultado, “al conducir bebido a 100-120 km/h, ha aumentado considerablemente el riesgo (aún permitido) que también habría creado un conductor sobrio, y por eso se le debe imputar el resultado surgido de la realización del riesgo ahora prohibido”⁴⁶².

Como se desprende de la argumentación esgrimida en este caso, si la embriaguez genera un riesgo desaprobado, para imputarle el resultado al agente, en la práctica bastaría la relación de causalidad pues como consecuencia de la realización del comportamiento imprudente, el resultado resultaría *ipso facto* incrementado. De esa manera, en la práctica se borran todas las fronteras entre creación y realización del riesgo y entre los efectos de la ilicitud en las perspectivas *ex ante* y *ex post*⁴⁶³.

⁴⁶² ROXIN, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 83, p. 384. Este mismo es el problema que se presenta con la solución del caso conocido como de los pelos de cabra. Si a unas obreras se les entrega material sin desinfectar, que resulta contaminado y se determina que el agente infeccioso fue uno desconocido, o como en efecto sucedió, según refiere ROXIN (*DP, PG*, T. I, p. 383), no se logra demostrar que la desinfección hubiera salvado a las trabajadoras siendo esto apenas posible, la imputación del resultado dependerá del solo hecho de haber entregado el material sin desinfectar y de la vinculación causal entre ese hecho y la muerte. Un análisis particular del caso, en FEIJOO, “Caso de los pelos de cabra”, *passim*.

⁴⁶³ Confusión que ya ha sido advertida por la doctrina. Así por ejemplo, LUZÓN, “Y si se compara el concreto peligro *ex post* -que es lo que a veces hace ROXIN aun sin reconocerlo y lo que sostiene la mayoría de quienes le siguen-, el criterio es confuso, pues unas veces se afirma que hay aumento del riesgo si el mayor riesgo siempre existente *ex ante* luego se realiza en el resultado (*Rudolphi* o *Corcoy*), con lo que coincidiría con el criterio de la realización del peligro, pero otras veces -p. ej. *Roxin* o el propio *Rudolphi*- se hace una comparación de grado de probabilidades estadísticas que hubo posteriormente (entre las del acto real y las del riesgo permitido)”, *Curso*, p. 385.

En el mismo sentido, MIR PUIG, que además se muestra muy en desacuerdo con la idea de la comprobación estadística del riesgo: “Un concepto de riesgo *ex post*, que, aparte de no hallarse claramente diferenciado del riesgo *ex ante*, ya no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de probabilidad estadística que puede fallar en el caso concreto”. Y ejemplifica su crítica de la siguiente manera: “decir que en el caso del pelo de cabra, al no saberse si la desinfección habría evitado el resultado, *ex post* resulta una elevación del riesgo porque sin la desinfección hay menos posibilidades de que el resultado se hubiera podido evitar, es una apreciación estadística que no puede impedir que de hecho en el caso concreto la desinfección pueda haber

Al entender que la norma que impone un deber de actuación debe cumplirse siempre que con ella se pueda aminorar la exposición del bien jurídico a la situación de riesgo, ROXIN propone un mecanismo que invierte la carga de la prueba respecto a lo planteado por las teorías precedentes: el ciudadano debe probar que con la observancia de la norma de cuidado infringida, con toda certeza el resultado también se hubiera producido. Y todavía podría invocarse el *in dubio pro reo*, respecto a si se operó un incremento efectivo del riesgo⁴⁶⁴.

A ello cabe replicar que existen una pluralidad de eventos en los que no parece posible determinar pericialmente el incremento del riesgo⁴⁶⁵; y que no se puede negar la posible aplicación del *in dubio pro reo* en los casos de duda razonable respecto a si la conducta causante del resultado elevó o no el riesgo corrido por el bien jurídico por encima de lo permitido⁴⁶⁶. De esta manera, al parecer buscando eludir los problemas asociados a la vigencia del *in dubio pro reo*, en que insiste la doctrina tradicional, que bien pudiera señalar que la aplicación de la norma de sanción tiene sentido cuando se pueda demostrar que ella hubiera sido eficaz para la protección del bien jurídico, ROXIN traslada la argumentación a la necesidad de observar la norma de cuidado en toda situación de incertidumbre respecto a la suerte del bien jurídico; y sugiere además que en todos los casos es posible determinar el nivel

resultado inútil en cuyo caso no podría decirse que la falta de desinfección habría creado ningún riesgo efectivo. Y para castigar no basta una estimación estadística, sino una *razonable seguridad* de que en el caso concreto se ha realizado el riesgo típico”, MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 11, nro. 68, p. 301.

⁴⁶⁴ Sin embargo, consciente de lo problemático de la situación termina el análisis correspondiente señalando que: “No obstante, hay que ser consciente de que esta polémica no afecta a la corrección de la teoría del incremento del riesgo en sí misma, sino solo a la cuestión de si su aplicación a un determinado y reducido grupo de casos conduce o no a la imputación del resultado”, ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 382, nro. 78.

En el ámbito de los delitos de omisión impropia al referirse a la relevancia que pudieran tener la causalidad hipotética manifieste MEINI que: “La causalidad hipotética, con arreglo a la cual una omisión será causa de un resultado si, de haberse actuado, éste desaparecería con una probabilidad rayana en la certeza, no es de recibo por ser una presunción que, se mire por donde se mire, opera siempre en contra del reo”, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, p. 278.

⁴⁶⁵ En este sentido ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, “Con argumentos preventivistas se ha pretendido que solo se excluye el nexo de determinación cuando la acción alternativa hubiese evitado con seguridad el resultado. Es un caso extraño en que el preventivismo llega al extremo de pretender cancelar el principio *in dubio pro reo*”, *DP, PG*, 2 ed., p 561, nro. 4.

⁴⁶⁶ GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 373. Crítico también con los efectos de esta teoría en relación con el *in dubio pro reo*, SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en Dp*, p. 45.

máximo de lo permitido⁴⁶⁷; lo que por lo menos es discutible si de privilegiar criterios cuantitativos se trata⁴⁶⁸.

En la línea de la necesidad de aplicar este criterio a pesar de la existencia de dudas sobre alguno de los aspectos fundantes de la responsabilidad, considera PUPPE que en los casos en que no exista plena determinación sobre la forma de operancia del nexo causal también debe aplicarse el criterio del incremento del riesgo, avalando así una aplicación prevencionista, que carga sobre el ciudadano imputado los efectos de la duda:

“Si para fundamentar la imputación del resultado por la infracción del deber de cuidado del autor no basta con el incremento del riesgo, sino que se requiere un conocimiento absoluto de que la infracción del deber de cuidado es necesaria dentro de la explicación causal, no habrá manera de imputar en ámbitos en los que los cursos causales no están determinados absolutamente. Y esta consecuencia es inaceptable”⁴⁶⁹.

De todas maneras, y pese a la defensa que hace de esta teoría, ROXIN entiende que la imputación del resultado no depende solo del incremento del riesgo, pues también debe

⁴⁶⁷ “Parece que algo habla aquí a favor de que en los casos dudosos se parta de la suposición beneficiosa para el autor de que su conducta no ha supuesto ningún aumento del riesgo. Pero ni siquiera esto sería correcto. Pues si según el estado actual de la ciencia en ese momento no se puede determinar con seguridad si una actuación aumenta o no el peligro admitido por el legislador, lo cierto es que esos casos no son iguales a los del riesgo permitido y será acertado castigar al agente si dicha conducta provoca la lesión de un bien jurídico”.

Y refiriéndose al ámbito médico continúa “Concretamente, esto puede tener una importancia práctica para el tratamiento médico. Si una persona emplea un procedimiento inseguro y, por ello, no permitido, por las reglas del arte médico, puede ser castigada por homicidio imprudente si el paciente muere, aunque no exista absoluta certeza de que sea realmente seguro el método de tratamiento médicamente indicado y que se mantiene dentro del riesgo permitido”, ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 170. También en *DP, PG*, T. I., § 11, nro 78, p. 382.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 210-211, expone los términos de la discusión entre ROXIN y algunos seguidores de la teoría que defienden la aplicación del referido principio procesal.

⁴⁶⁸ En este sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 220, destacando las dificultades de establecer en el ámbito de lo que es objeto de constatación *ex post*, incluso pericialmente el incremento del riesgo por encima de lo permitido.

⁴⁶⁹ Añadiendo más adelante: “Así pues, en un curso causal no determinado plenamente no queda más remedio que renunciar a toda imputación o contentarse con el incremento del riesgo por un comportamiento contrario al deber de cuidado”, PUPPE, *Imputación objetiva*, p. 76 para ambas citas.

considerarse otro criterio complementario (el fin de protección de la norma de conducta), al que se dedicarán las líneas siguientes.

iv) La teoría del fin de protección de la norma de conducta

El criterio del fin de protección de la norma, desarrollado por GIMBERNAT, ha alcanzado gran difusión en los últimos años por parte de autores que, como él mismo⁴⁷⁰, o MARTÍNEZ ESCAMILLA⁴⁷¹, lo consideran el criterio valorativo adecuado (y único) para establecer el nexo entre la actuación imprudente y el resultado, o por autores que, como ROXIN, entienden que éste es una pauta complementaria (y en alguna medida correctora) de los otros criterios de atribución del resultado a la actuación que válidamente podrían aplicarse⁴⁷².

⁴⁷⁰ GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado*, cap. 3, IV.

⁴⁷¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, Tercera parte, cap. IV.

En un escrito posterior señala que “el criterio del fin de la norma de cuidado no complementaría el principio de la evitabilidad o del incremento del riesgo, sino que lo sustituiría”, “Relevancia de los comportamientos alternativos?”, p. 107.

GIL GIL entiende también que “El único criterio para determinar la imputación del resultado en el delito imprudente (como también en el doloso) es por tanto, en mi opinión, el del ‘fin de protección de la norma’”, *El delito imprudente*, pp. 382, 383, aunque discrepa de MARTÍNEZ ESCAMILLA en cuanto a la forma de concretar este criterio en el caso concreto.

⁴⁷² Como antes se señalara, ROXIN diferencia en sus últimos escritos el fin de protección de la norma técnica (a la que denomina norma de cuidado) y el ámbito del tipo penal, a partir del cual construye un último escalón o criterio para la imputación objetiva del resultado: “Solo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del *fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido* (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y *no* del fin de protección del tipo penal”, *DP, PG*, T. I., § 11, nro. 71, p. 378, resaltado en el original.

Este último criterio goza de generalizada aceptación por la doctrina mayoritaria en la actualidad, aunque se discute sobre su ubicación sistemática. En el último tiempo es perceptible una línea de pensamiento que considera que el ámbito del tipo no materializa una categoría autónoma, sino que hace parte de los criterios de desaprobación jurídica del riesgo. El tratamiento dado al problema del consentimiento en el capítulo anterior, sugiere que en efecto muchas de las cuestiones que se pretenden desarrollar con esta categoría se incardinan adecuadamente en el nivel de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

En este sentido crítico con la fusión de conceptos distintos bajo categorías únicas, reprueba GIMBERNAT la pretensión de hacer del fin de protección de la norma el criterio a partir del cual explicar, por ejemplo, la

Un sector muy importante de la doctrina acoge en la actualidad el criterio del fin de protección de la norma, aunque a veces se le dispense el tratamiento propio de un concepto de gran alcance bajo el cual cobijar otros criterios de imputación, en principio independientes. En algunos autores el fin de protección de la norma de cuidado termina siendo así el criterio que recoge muchos otros de los elementos determinantes de la imputación del resultado⁴⁷³. Por ello, es conveniente diferenciar el planteamiento que pudiera llamarse estricto de la teoría del fin de protección de la norma, de otros que bajo la misma denominación agrupan una serie de problemas que esta teoría expresamente caracteriza como irrelevantes para la imputación del resultado.

La idea fundamental de la teoría estricta del fin de protección de la norma o regla de cuidado (que son las reglas de actuación a las que se hiciera alusión en el apartado II.A.1.c.), consiste en que ésta o éstas no pretenden dispensar una protección absoluta a los bienes jurídicos; sino, protegerlos en determinados supuestos, la ocurrencia de alguno de los cuáles, previa transgresión de la correspondiente norma de conducta, será lo que posibilite considerar que la conducta se adecua al tipo penal, con independencia de los resultados que pudieran obtenerse de la comparación entre la conducta realizada y un comportamiento alternativo cuidadoso.

GIMBERNAT concreta así su pensamiento:

“Las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado. Cuál es este resultado determinado, es algo que habrá que determinar caso por caso”⁴⁷⁴.

Esta teoría expresa un especial interés por configurar el injusto con atención exclusiva a lo sucedido, y prescindir por completo del referente que representa la causalidad hipotética de comportamientos no realizados, que, justamente por esta última circunstancia, y porque

irrelevancia penal de las autopuestas en peligro, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, pp. 435-437.

⁴⁷³ Así por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, *Manual de Dp del trabajo*, p. 104, LUZÓN, *Curso*, p. 383; MIR, *DP*, *PG*, 8 ed., 297.

⁴⁷⁴ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 141.

siempre existirá algún grado de incertidumbre acerca de cuál hubiera sido su posible desenvolvimiento, no deberían condicionar la responsabilidad penal.

La negativa a considerar lo “que hubiera sucedido si...”, podría implicar la imputación de responsabilidad penal aun en supuestos en los que *ex post* aparezca claro que, en el caso concreto, la norma habría sido ineficaz para proteger el bien jurídico⁴⁷⁵; por ello, los defensores de esta teoría manifiestan que “La eficacia real o aparente de la norma en el caso concreto, a constatar *ex post*, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes, es indiferente a efectos de determinar su idoneidad general”⁴⁷⁶.

Esta posición, permitiría pensar que se incurre en una especie de *versari in re illicita* (relacionado con la transgresión de la norma de conducta); que sin embargo, los defensores de la teoría rechazan con el argumento de que “además de relación de causalidad, lesión del deber de cuidado y con ello previsibilidad, exigimos que el resultado sea la manifestación del carácter disvalioso de la conducta”⁴⁷⁷.

Que el resultado sea manifestación del carácter disvalioso de la conducta pareciera sugerir que la norma cuya transgresión dio lugar a la desaprobación jurídica de la peligrosidad *ex ante* de la actuación, debía aparecer idónea para proteger el bien jurídico. Mediante la afirmación de esa idoneidad *ex ante*, según expresan los defensores de la teoría, podría hacerse frente a las imputaciones de *versarismo*.

⁴⁷⁵ Sobre esta cuestión manifiesta RUSCONI: “Así como las infracciones del deber objetivo de cuidado que no producen un resultado disvalioso no son objeto de interés para el derecho penal, del mismo modo sucede con aquella violación del deber de cuidado que no puede ser vinculada, en el aspecto normativo que es relevante, a ese resultado disvalioso (sic). La opinión contraria se encuentra demasiado influida por la percepción de que las cosas, en definitiva “no han salido bien”. En cierta medida recuerda, como ya se ha afirmado, al estilo de razonamiento del “*versari in re illicita*”: el agente estaba allí, realizando un comportamiento incorrecto cuando sucedió todo”, “La relevancia del comportamiento alternativo”, p. 67.

Con posterioridad a este trabajo ha señalado este mismo autor que en “el segundo juicio de imputación”, es decir, el de realización del riesgo en el resultado, “cobran importancia los principios,..., de confianza, de ámbito de protección de la norma, de prohibición de regreso, de comportamiento alternativo conforme a derecho y de imputación a la víctima”, *DP, PG*, p. 384.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, cursiva en el original, p. 281; “Relevancia de comportamientos alternativos”, p. 109.

⁴⁷⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 240.

Sin embargo, si la imputación de la afectación del bien jurídico debe estar condicionada por la transgresión de una norma de conducta, no carece de sentido exigir que se constate la efectividad que *ex post* hubiera tenido dicha norma para la protección del bien jurídico, y entender, contrario a lo que sostienen las teorías del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, que de no darse dicha eficacia, no tendrá sentido la intervención punitiva por ausencia de consonancia entre el desvalor de acción y el de resultado.

Así por ejemplo, en el caso de los pelos de cabra (cfr. nota 462) si el cumplimiento de la norma que obligaba a desinfectar la materia prima de los pinceles no hubiera permitido neutralizar el riesgo de enfermedad, porque el material estaba infectado con un quinto bacilo desconocido hasta ese momento, que fue el determinante del resultado, y al que no habrían neutralizado las medidas de desinfección pertinentes, podrá negarse la existencia de vínculo normativo entre el carácter imprudente de la actuación y el resultado. Lo mismo que si se demuestra que alguno de los agentes contaminantes que había en el material era resistente a las medidas de desinfección, y no se logra demostrar cuál fue el causante de la muerte de las obreras.

Así las cosas, solo se podría condenar si se demostrara con certeza que la muerte de las obreras no habría tenido lugar, porque las medidas de desinfección hubieran sido eficaces contra los distintos bacilos (aunque hasta ese momento alguno de ellos fuera desconocido), o porque la muerte la hubiera producido alguno de los cuatro bacilos cuyo conocimiento motivó a expedir la norma que ordenaba desinfectar la materia prima⁴⁷⁸.

Esta teoría, al igual que la del incremento del riesgo, señala que la ineficacia de la norma de conducta para proteger el bien jurídico, constatada desde una perspectiva *ex post*, no es relevante para enervar la existencia del ilícito; sin embargo, siendo el resultado concreto el objeto de imputación, y realizándose dicha operación desde una estricta perspectiva *ex post*, no deja de ser discutible que se defienda la necesidad de observar una norma de conducta que

⁴⁷⁸ Y en relación con el ulterior criterio de imputación consistente en el fin de protección de la norma de cuidado, todavía habrá que indagar el sentido de la norma que obligaba a desinfectar los materiales que se iban a entregar a las trabajadoras antes de imputar al empresario el resultado de lesiones o de muerte. Así, se hará necesario considerar si la finalidad era la neutralización de los virus detectados y conocidos; o si por el contrario era la neutralización de todos los virus, aún los provenientes del extranjero de los que ni siquiera tenía noticia. Porque pese a la claridad con la que se afirma que ese riesgo era previsible, la afirmación se hace discutible si se parte de la base del desconocimiento total del virus que en este caso produjo la muerte de las obreras.

solo desde una perspectiva *ex ante*, pero no desde la *ex post*, resultaba idónea para proteger el bien jurídico.

Al rechazar la consideración de la ineficacia *ex post* de la norma para controlar el riesgo en el caso concreto, se alude a los resultados político-criminalmente insatisfactorios que se derivarían de ello, pues –según se dice– el agente no tendría por qué beneficiarse de una “afortunada coincidencia” que pudiera concurrir en el caso concreto, mas no en general. Según este planteamiento, cualquier posible eficacia de la norma de cuidado para “asegurar” el bien jurídico (en clave *ex ante*), obligaría a su observancia⁴⁷⁹.

Consideraciones político-criminales podrían aconsejar una apreciación diversa de esta situación, y de hecho el debate doctrinal al respecto ha sido bastante amplio.

Otras críticas se han dirigido a esta teoría. FRISCH formula una muy radical con la que pretende descalificarla de plano. Para este autor se trata de una teoría “peligrosa”, que propone “como voluntad de protección de la ley lo que se ajusta al sentimiento jurídico propio”⁴⁸⁰; añadiendo más adelante que: “La expresión fin de protección no solo es vacía o poco apropiada para indicar y fundamentar los criterios materiales de los que se trata al perfilar las normas subyacentes a los tipos. También es sumamente objetable sistemáticamente si se postula la pertenencia del “curso causal acaecido al ámbito de protección de la norma” como criterio adicional junto al “peligro prohibido”⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ ROXIN, “Infracción del deber y resultado”, p. 159. Similar interrogante formula en el mismo trabajo respecto al caso del ciclista: “¿Acaso debe prescindirse aquí del castigo por homicidio imprudente solo porque se constate que en un adelantamiento conforma a lo ordenado el ciclista, por su parte, se hubiera lanzado contra el camión a consecuencia de una reacción de corto circuito y hubiera resultado muerto?”, p. 161.

⁴⁸⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 97

⁴⁸¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 99.

En sentido similar REYES ALVARADO, para quien “...se trata de un concepto sin contenido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva. No es que sea incorrecto...; lo que ocurre es que se trata de una afirmación que siendo correcta, no brinda ninguna ayuda al momento de determinar cuándo un resultado penalmente relevante debe serle imputado a alguien como “su obra””, *Imputación objetiva*, 3 ed., p. 225.

A esta teoría también se le critica la falta de concreción de las pautas de conformidad con las cuales determinar el fin de protección de la regla de cuidado⁴⁸². Por ello, existen casos, analizados con detalle por la doctrina, en los que se destacan algunos aspectos de su faz negativa, es decir, supuestos que no quedan comprendidos por el fin de protección de la norma, sin que se logre precisar, sin embargo, el alcance general de ésta.

Al acudir a una hipótesis muy recurrida, se suele aceptar que el fin de protección de la norma que impone determinados límites de velocidad, no es evitar la llegada de los vehículos a determinado lugar en cierto momento⁴⁸³, aunque habría quienes pudieran proponer un fin distinto; otros supuestos generan niveles menores de consenso, por lo cual la solución del asunto se presenta más compleja.

Así, por ejemplo, en el caso del farmacéutico⁴⁸⁴ (cfr. nota 453), no es claro qué se pretende cuando se exige la presentación de la receta para la compra de un medicamento: algunos insinúan que sería garantizar el suministro y la dosificación del producto de

⁴⁸² El mismo FRISCH, manifiesta que “constituye una ilusión creer que los casos sumamente complicados que hoy se plantean bajo la expresión “fin de protección” se hayan barajado nunca en el proceso legislativo ni se hayan ideado sujetas a una declaración de objetivo. Lo que es seguro es que no está *disponible* una declaración de objetivo que responda a la cuestión de la inclusión de ciertas cadenas causales en el ámbito de protección de la norma”, *Comportamiento típico e imputación*, p. 95. PUPPE por su parte, aunque propone una forma de precisar el sentido y significado de este tópico (el denominado requisito de continuidad, según el cual “el comportamiento del autor con sus características prohibidas, debe estar vinculado con la aparición del resultado mediante una cadena causal tal que cada eslabón de esta cadena contenga un elemento prohibido”) señala que “todo es oscuro en este *topos*. No está claro, en primer lugar, cómo debe establecerse lo que constituye propiamente el fin de protección de la norma... Pero tampoco está claro qué parte de las circunstancias del hecho ha de comprobarse propiamente con base en el (*topos* del) fin de protección de la norma”, *Imputación objetiva*, p. 81; p. 85 para la primera cita.

⁴⁸³ Expone esta idea, con referencias, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 279-291.

⁴⁸⁴ Con respecto a este caso, no está de más recordar que el criterio en estudio interesa para vincular una conducta imprudente con un resultado derivado de la ejecución de aquella. MARTÍNEZ ESCAMILLA, expresa su disconformidad con la invocación del fin de protección de la norma para resolver este asunto, pues en su sentir, la conducta del farmacéutico no era ni siquiera violatoria de un deber de cuidado, dada la imprevisibilidad del resultado: “ya desde un punto de vista *ex ante* era imprevisible que dicho medicamento produjera un envenenamiento en el paciente, desapareciendo con ello la lesión de un deber de cuidado en relación con el tipo de homicidio”. *Imputación objetiva*, p. 275.

conformidad con la *lex artis*⁴⁸⁵ (médica y no de los farmacéuticos en cuanto comerciante para los que a lo mejor también podría encontrarse alguna normativa reguladora de su actividad profesional); sin embargo, no se tiene en cuenta que el fin de la norma que obliga al farmacéutico a exigir la receta, podría ser mantener bajo control productos capaces de generar adicción; o impedir la automedicación de productos peligrosos en caso de ser ingeridos con dosis no controladas (lo que en el caso de consumo del medicamento por iniciativa del paciente no genera problemas relacionados con la *lex artis* médica); o, en la misma medida, limitarles a los farmaceutas la posibilidad de ofertar a sus clientes medicamentos que por cualesquiera otras razones solo los médicos deberían recetar.

Al final, lo único que se podrá establecer con certeza en un caso de este tipo es la existencia de una normativa administrativa que obligaba al farmaceuta a exigir al cliente la exhibición o la entrega de la fórmula en la que se medicaba el producto. Desentrañar el sentido específico de dicha norma en relación con la protección de bienes jurídicos podría no ser posible en el caso concreto, o depender, como dicen los críticos, del sentido jurídico propio del intérprete. Tal vez por ello, los defensores de este criterio, conscientes de la problemática subyacente a esta cuestión, señalan que en el fondo se trata de una tarea hermenéutica, que deberá realizarse caso por caso⁴⁸⁶, tal y como habría de hacerse con cualquier otra norma jurídica.

De todas maneras, y en aras de facilitar la delimitación de las posibilidades hermenéuticas y la concreción del *topos* al caso⁴⁸⁷, habría que aceptar como base de la discusión el que la norma de conducta no pretende ofrecer una protección absoluta a los

⁴⁸⁵ GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado*, pp. 143-144, señalando que ésta fue la postura asumida por el TS alemán al resolver el asunto.

⁴⁸⁶ Así por ejemplo, FEIJOO, para quien: “El alcance de este criterio depende, pues, de la concepción que se mantenga sobre la norma de cuidado como fundamento del injusto imprudente y sobre el deber de cuidado emanado de dicha norma. No se trata, por tanto, de un criterio unívoco, sino que se le pueden otorgar diversos contenidos dependiendo de la concepción de la imprudencia que se profese y de cómo se determine el deber de cuidado”, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 337; y GIL GIL: “Para decidir de entre los riesgos evitables adoptando una cautela que convierte a la conducta en permitida, cuáles pretende evitar la cautela o cautelas infringidas y cuáles no, es preciso remontarse a la ponderación de intereses que origina la norma, los peligros tenidos en cuenta y el reparto de cargas y ámbitos de libertad que supone. Ello exige por tanto en cada caso, una labor de exégesis”, *El delito imprudente*, pp. 421, 422.

⁴⁸⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, pp. 277 y ss.

bienes jurídicos, sino una limitada, respecto a algunos riesgos determinados; a partir de lo cual, habría que considerar las finalidades de protección para las que aquélla está llamada a operar y aquéllas para las que no, teniendo en cuenta que a la norma no ha de exigírsele aptitud general *ex ante* para reconducir los riesgos a límites tolerables⁴⁸⁸.

Por ello, MARTÍNEZ ESCAMILLA ha propuesto algunos de los criterios con ayuda de los cuáles concretar el fin de protección de la norma y alude, inicialmente a la aptitud protectora de la norma en relación con los riesgos que ella pudiera neutralizar, con lo que sin embargo, solo se demarcará el universo de resultados susceptibles de atribución⁴⁸⁹; que todavía deberán ser objeto de ulteriores concreciones, derivadas de la interpretación de las normas. En esa línea de análisis, otros autores plantean la necesidad de idoneidad de la norma en el caso concreto para proteger el bien jurídico:

“Las normas de conducta no pretenden evitar todos los resultados que se puedan derivar causalmente de la conducta infractora del deber, sino solo unos resultados concretos: los planificables *ex ante* para el autor desde el punto de vista de la norma penal, en concreto en el delito imprudente, de la norma de cuidado”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, recoge el análisis de NIEWENHUIS. El resultado de este examen, al menos en el caso propuesto por esta autora (de la norma que impone límites de velocidad en el tráfico automotor), posibilita la formulación de algunas hipótesis para las cuales no resulta idónea la norma de cuidado (llegar a determinado lugar en un momento concreto), pero determina también una pluralidad de supuestos para los cuales resultaría idónea (en el mismo caso, la norma que dispone la adopción de dicha medida serviría para: evitar las colisiones mediante la reducción del espacio necesario para frenar; facilitar la desviación del automóvil; dar a la víctima más tiempo para reaccionar evitando la situación de peligro; atenuar los efectos lesivos de la colisión; evitar los errores posibles del peatón al valorar el riesgo de atravesar la calzada), *Imputación objetiva*, p. 281.

⁴⁸⁹ “la eficacia es presupuesto para la finalidad de la norma pero aquélla no conlleva ésta necesariamente”, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 280

⁴⁹⁰ FEIJOO, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 334.

Y añade luego: “No estoy de acuerdo con MARTÍNEZ ESCAMILLA,..., cuando se conforma con que la norma de conducta sea idónea en general para evitar este tipo de resultados, aunque en el caso concreto fuera incapaz de perseguir sus objetivos”... “En Derecho penal nos interesan personas concretas que planifican situaciones y riesgos en situaciones concretas. Las penas se imponen por lo que ha hecho una persona concreta en una situación concreta”, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 334, 335, nota 979. Coincidente en este crítica, GIL GIL, *El delito imprudente*, p. 386

Pese a las críticas relacionadas con su innecesariedad, a las dificultades para concretar su contenido en el caso concreto y a los problemas que genera la renuncia a considerar la eficacia protectora de la norma en el caso concreto, la teoría del fin de protección de la norma apunta en sentido correcto el posible alcance del tipo, y ha sido objeto de amplia aceptación por parte de la doctrina. Por supuesto, su concurrencia o no con otras teorías dependerá de la posición que se asuma acerca de la coherencia de éstas.

b. El vínculo normativo entre acción imprudente y resultado como desarrollo de los fundamentos del sistema

Estructurado el injusto sobre la concurrencia de un desvalor de acto y otro de resultado, determinados a su vez y respectivamente sobre una perspectiva *ex ante* y otra *ex post* resulta justificada la pretensión de consonancia entre ambos juicios y por ende entre la información que respecto al injusto ofrezcan ambas perspectivas. En esa medida el resultado deberá materializar el proceso de riesgo jurídicamente desaprobado desplegado por el autor, resultando insuficiente la causalidad entre este último y el resultado. Como sostiene FRISCH:

“... se llegaría a una conexión materialmente inadecuada al prohibir una creación de riesgo considerada irrelevante solo porque coincidiera fortuitamente de modo naturalístico con una creación de riesgo en sí prohibida”⁴⁹¹.

La consonancia valorativa entre la creación del riesgo desaprobado y su realización en el resultado, parece exigir, a los efectos de la imputación, que el resultado sea concreción del riesgo no solo desde el punto de vista causal, sino también del normativo; a tales efectos, y si se pretende hacer efectivas las garantías de quienes hubieran de ser objeto de imputación penal, menguadas en el último tiempo por las exigencias de maximización de la seguridad para los bienes jurídicos, resulta razonable que para afirmar la configuración del injusto se

⁴⁹¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 557.

E insiste más adelante: “Y tampoco cabe hablar en estos casos de una perturbación intensificada de la paz jurídica que suscite especiales necesidades de prevención general y al mismo tiempo legitime la intervención penal de manera especial: el resultado producido para el miembro de la comunidad jurídica sensato y que es capaz de diferenciar se achaca a la circunstancia de que el respectivo tipo de acción está permitido, valorándose por tanto como realización de un riesgo general de la vida; el que de hecho se haya desencadenado por una conducta con riesgo ya no tolerado, se permite como algo fortuito e irrelevante”, p. 566.

acredite la eficacia protectora del bien jurídico que habría tenido la norma cuya inobservancia determinó la desaprobación del riesgo generado por el comportamiento.

Si el resultado también hubiera sobrevenido por la creación de un riesgo jurídicamente permitido, en virtud del cual la intervención sobre el bien jurídico resultara legítima, la imposición de pena por la causación del resultado comporta una afectación excesiva de la libertad de los ciudadanos.

Pese a las críticas que desde el punto de vista lógico se han dirigido al empleo de los cursos causales hipotéticos, las propuestas de remplazo para establecer la consonancia valorativa entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado a imputar, resultan muy problemáticas desde el punto de vista político criminal para un derecho penal que se tome en serio su condición de *ultima ratio* entre los mecanismos de control social, con todo y que frente a este argumento se pudiera replicar que esta alusión termina por acudir a los sentimientos de justicia del intérprete.

La construcción del nexo normativo sugiere tener en cuenta que si dentro del tráfico jurídico habitual los bienes jurídicos están expuestos a riesgos (permitidos) de los que se pudiera derivar la afectación de éstos, y que dada la permisión del riesgo no se atribuirían a quien realizó la conducta, las condiciones en que la afectación del bien haya de atribuirse al tercero deberían ser sustancialmente diferentes⁴⁹².

Como desde ya se advierte, se comparte aquí el recurso a los cursos hipotéticos en el ámbito de la imprudencia; sin embargo, los planteamientos que tienden a establecer el nexo entre la acción descuidada y el resultado con prescindencia de cualquier consideración ajena a la forma como dichos elementos se hayan presentado en la realidad, cuentan con una gran coherencia sistemática y una apreciable apariencia de razonabilidad; esas cualidades se extienden a las críticas contra el uso, en la configuración de dicho nexo, de los cursos causales hipotéticos; sin embargo, esas cualidades no definen necesariamente su mayor conveniencia político-criminal frente a los planteamientos de otra clase. Y según se entiende aquí el problema, no solo intuiciones de justicia sino también argumentos de derecho, sugieren no

⁴⁹² En palabras de SANCINETTI: “La opinión minoritaria puede invocar en su favor el hecho de que no parece tener sentido restringir la libertad de acción mediante una prohibición, cuando el resultado a producirse de todos modos se produciría aunque la acción no fuere realizada”, “Reflexiones sobre la posible relevancia de los cursos causales hipotéticos”, p. 233.

sancionar el comportamiento descuidado si los mecanismos de protección del bien jurídico dispuestos por la norma resultaban ineficaces en el caso concreto para esa finalidad, de manera que la realización de un comportamiento cuidadoso no hubiera posibilitado la indemnidad o la atenuación del menoscabo de aquel.

Los argumentos fundamentales propuestos contra el empleo de los cursos hipotéticos en la configuración del vínculo normativo entre la actuación infractora del deber de cuidado y el resultado producido, a los que se suele conferir una fundamentación que invoca la estructura lógica del razonamiento, pueden resumirse de la siguiente manera.

- 1) Además de la imposibilidad de establecer en el caso concreto “lo que hubiera pasado si...”, se dice que el nexo de determinación supone el empleo de la *conditio sine qua non*, que se ha demostrado ineficaz para la constatación de procesos ontológicos como los causales⁴⁹³; y que no existe un procedimiento mediante el cual determinar los factores que habrían de obrar como causa de remplazo.
- 2) La regla de cuidado tiene que ser observada en todo caso en que el bien jurídico pueda ser sometido a una situación de riesgo.
- 3) El recurso a los procesos hipotéticos implica que se absuelva en casos en los que se debería condenar.
- 4) Y finalmente, se aludirá a la subordinación del nexo de determinación a la teoría del fin de protección de la norma.

A continuación se hará una mención algo más detallada a tales críticas.

⁴⁹³ El caso que se suele citar como ejemplo de incorrección lógica de la teoría de la *conditio sine qua non* es el de la autoría accesoria, en el que dos personas desean cada una de manera independiente asesinar a una tercera, realizando de manera simultánea, aunque sin saberlo, una acción mortal; y falleciendo la víctima por la suma de los disparos de cada uno de ellos, que sin embargo, por sí solos resultaban suficientes para matarla. Se critica a esta teoría que posibilitaría en sucesos como éste con dos causantes afirmar que en realidad ninguno lo fue, pues suprimida la actuación de cada uno de los sujetos activos subsistiría la actuación del otro como causa explicativa de la ocurrencia del resultado.

i) La crítica sobre la imposibilidad de prueba del curso causal hipotético

Para empezar, vale la pena destacar que no es cierto que en ningún caso se pueda establecer “lo que hubiera pasado si...”. La doctrina en general acepta que con la información disponible *ex post* es posible establecer en una gran cantidad de supuestos el curso causal que se habría desarrollado, en el evento de que en lugar de la actuación imprudente por cuya relevancia se indaga en el caso concreto se hubiera desplegado otra, cuidadosa, o no se ejecutara la actuación de riesgo (cuando fuera esa la conducta alternativa ajustada a derecho que exija la ley)⁴⁹⁴.

No se puede perder de vista que la valoración de la relevancia del curso hipotético debe efectuarse desde una perspectiva *ex post*⁴⁹⁵, lo que significa que en ese momento ya se

⁴⁹⁴ Esa posibilidad de probar los efectos de la actuación hipotética es lo que por ejemplo le ha permitido a JAKOBS proponer una disminución de la pena en los casos en que el curso causal hipotético hubiera producido el mismo resultado “porque al autor no tiene por qué achacársele la pérdida *duradera* del bien...: su comportamiento se convierte semejante a la tentativa”, *DP, PG*, p. 283, nro. 92; propuesta en la que coincide con BACIGALUPO, quien a pesar de su oposición al empleo de cursos causales hipotéticos, manifiesta sin embargo que en los casos en los cuales “el bien estaba irremediablemente perdido el hecho tiene la estructura de *un delito de peligro abstracto*. Ello debería conducir a la correspondiente atenuación de la pena en el momento de la individualización”, *Principios*, 5 ed., p. 195; y por PÉREZ DEL VALLE, “La repercusión de los cursos causales hipotéticos en la atenuación de la pena”, pp. 214, 215.

⁴⁹⁵ Así por ejemplo, MIR PUIG: “Aquí solo es preciso insistir en la exigencia de que el resultado causado realice el riesgo causado por la infracción de la norma de cuidado. Para ello es preciso además de la relación de causalidad, que la causación del resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada”, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 11, nro. 56, p. 297; y LUZÓN PEÑA, “Por fin, como veremos, los llamados “cursos causales hipotéticos” deben solucionarse con el criterio de la realización del peligro” y más adelante: “En cualquier caso, el criterio del incremento del riesgo no parece correcto, pues lo decisivo debe ser si el resultado encaja o no en el fin de la norma por realizar el riesgo típico inicial -mayor por cierto que el permitido- de la acción; y si el concreto resultado no guarda relación con esa peligrosidad inicial, que es lo que sucederá en la mayoría de los casos de estos cursos causales hipotéticos, no habrá imputación objetiva. Por cierto que será preciso que haya seguridad o al menos una gran probabilidad de que el resultado también se produciría con la conducta correcta para poder afirmar, con certeza o en virtud del *in dubio pro reo*, que el resultado no es precisamente la realización del peligro inherente a la acción incorrecta sin que baste una cierta posibilidad de que también lo hubiera causado la conducta correcta”, *Curso*, pp. 384, 386, respectivamente.

RUSCONI, no sin razón ha criticado por confusa la última parte de la formulación de LUZÓN PEÑA respecto al grado de certeza necesario para afirmar la realización del riesgo en el resultado, “La relevancia del comportamiento alternativo”, p. 67, nota 32.

podrá saber qué influencia tuvieron en la producción del resultado los demás factores de riesgo concurrentes en la actuación. De hecho, también la teoría del fin de protección de la norma, cuando analiza si el proceso de riesgo que se materializó en el resultado era uno de los que aquella pretendía evitar, debe establecer cuál fue el proceso de riesgo que se realizó en el resultado.

Es más, si se establece el carácter determinante del resultado de ese factor de riesgo, no se podrá descartar de tajo la posibilidad de establecer el efecto que hubiera de surtir su supresión y su eventual remplazo por otro. Y si ni siquiera el análisis *ex post* de esos factores permite despejar la duda respecto al carácter determinante del resultado de la actuación imprudente, debería aplicarse el *in dubio pro reo*.

Que la *conditio sine qua non* presente problemas lógicos en algún caso, y que su uso sea muy cuestionable una vez que se ha constatado su fracaso en la explicación de un problema ontológico, no es una cuestión que defina por sí sola la validez del empleo de una herramienta con una estructura similar en la solución de un problema normativo como lo es el del vínculo complementario al ontológico entre actuación de riesgo desaprobado y resultado⁴⁹⁶.

Además, el juicio normativo de imputación del resultado a la actuación imprudente implicará fijar las condiciones en que habrá de producirse la supresión mental de una actuación de riesgo, y su remplazo por otras⁴⁹⁷. En efecto, existen varias alternativas para

⁴⁹⁶ Diferencia los ámbitos de lo ontológico y de lo valorativo en el mismo contexto de la posible aplicación de la *conditio sine qua non*, SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en Dp*, p. 16.

⁴⁹⁷ En este mismo sentido, RUSCONI: "... felizmente, existen otras alternativas. Una de ellas -que aquí proponemos- consiste en autolimitarnos en el ejercicio de la imaginación, limitar nuestra incipiente creatividad y reducir la cantidad de datos modificables por el intérprete.

¿De qué modo, pues bien, se trata de concentrarnos en los datos que significan algo relevante para el juicio de imputación, aquéllos que han elevado el riesgo o que aportan el elemento central para la afirmación de que la conducta ha violado el deber objetivo de cuidado y que el resultado debe atribuirse a esa violación.

Para ello debemos construir la historia hipotética con *todos* los datos del hecho real solo que sustituyendo el sector de la conducta que se ha ubicado del "lado prohibido" de la franja del riesgo permitido. La única diferencia específica entre conducta real e hipotética conforme a derecho, reside en la existencia, en la segunda, de la acción violatoria del deber objetivo de cuidado. La historia en lo que no tiene de incidencia normativa *ex post*, no debe modificarse", "Relevancia del comportamiento alternativo", p. 66.

sustituir la actuación imprudente: una actuación cuidadosa del mismo autor (la que tradicionalmente analiza la doctrina que admite la operancia del nexo de determinación o de antijuridicidad), una actuación prudente de un tercero, incluso una actuación ilícita de un tercero, o hasta la abstención de cualquier comportamiento de riesgo⁴⁹⁸. Determinar si todos estos casos son susceptibles de un tratamiento similar obliga a efectuar algunas precisiones.

Si el riesgo permitido supone reconocer espacios de legítima intervención sobre los bienes jurídicos de terceros, con la aquiescencia de éstos, no parece existir una limitación insuperable en vincular el nexo de determinación con lo que hubiera sido la actuación legítima, es decir, generadora de riesgos permitidos, que hubiera desplegado el mismo actor o un tercero que de manera legítima, es decir, con la autorización del titular y de la forma objeto de aprobación, hubiera podido incidir sobre el bien jurídico realizando la conducta de riesgo.

Si el bien jurídico pudiera verse expuesto a riesgo por causa de una actuación legítima, la teoría del nexo de determinación obliga a indagar a cual de los componentes del riesgo es atribuible el resultado; y en concreto, si el resultado es atribuible al componente permitido del riesgo global generado por el actor, lo que a su vez supone indagar si el riesgo puede descomponerse en una parte permitida y en otra desaprobada.

Esta diferenciación del riesgo desaprobado en una parte permitida y otra desaprobada ha sido enfáticamente rechazada por ROXIN, en los casos en los que la ilicitud del riesgo se derive de la elevación del mismo por encima de lo permitido; según este autor se trataría de un único riesgo desaprobado en su integridad⁴⁹⁹ razón por la cual no habría lugar a atribuirle el resultado al riesgo permitido de base.

⁴⁹⁸ Art. KAUFMANN consideraba una alternativa adicional: que la causalidad hipotética pudiera condicionarse a que el bien jurídico afectado tuviera ya en sí el “germen del daño”, de manera que contara con un reducido valor: *“si la acción del autor causante de un resultado delictivo alcanza un objeto del hecho en el cual, en ese momento, una evolución que conduce al mismo resultado ya ha alcanzado una medida tal que, según una apreciación humana, la producción del resultado era de esperar independientemente de la conducta antijurídica del autor, faltará el disvalor de resultado del hecho, y con ello, una parte del tipo de ilícito. En cambio sigue existiendo el disvalor de acto del hecho”*, “La importancia de las causas del resultado hipotéticas”, p. 172, cursiva en el texto.

⁴⁹⁹ Para ROXIN “No es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido, y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido,

Desde el punto de partida aquí asumido, si en el tráfico jurídico el bien podía exponerse a contactos riesgosos legítimos, e incluso si la actividad concreta desaprobada por su peligrosidad, pudo exponer de manera lícita al bien jurídico a determinado nivel de riesgo⁵⁰⁰, resulta razonable establecer a cuál de dichos componentes ha de atribuirse *ex post* el resultado; y además, solo debería entenderse configurado el ilícito del injusto de resultado cuando la afectación del bien jurídico se pueda atribuir al componente desaprobado.

En otras palabras, si en el tráfico jurídico habitual el bien jurídico podía exponerse a riesgos permitidos, y se constata que también con éstos la lesión hubiera podido producirse, no puede evadirse la pregunta por el sentido de la sanción en caso de que no se llegue a establecer el factor de riesgo al cual haya de atribuirse normativamente el resultado⁵⁰¹. Éste, debe ser un espacio para la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Por supuesto, la operancia de los cursos causales hipotéticos, obliga a imponer controles metodológicos a su aplicación. En este sentido, por ejemplo, FRISCH, renuente al empleo de este recurso, propone con razón considerar el tipo de actuación que hubiera podido

y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado”, *DP, PG*, T. I., p. 380, nro. 74. En sentido prácticamente idéntico RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, p. 45. Coincidente con ellos, CHOCLÁN, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 74.

⁵⁰⁰ En este sentido, señala FRISCH que es “imputable el resultado (a la conducta contraria a deber) cuando en caso de conducta lícita no se daría más que la *posibilidad general* de producción del resultado que, en caso de observancia del riesgo permitido del respectivo ámbito de la vida, existe *básicamente*, sin poderse eliminar”, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, p. 579, la cursiva en el texto. Y más adelante precisa la idea, así: “En concreto: damos por sentado que en la circulación vial no ocurren desgracias por lo general si se respetan determinadas condiciones; que las operaciones o alguna de sus fases, guardando determinadas condiciones, contienen un riesgo desdeñable de realización de muerte precisamente a condición de ellas, etc. El respeto de determinadas condiciones hace aquí prácticamente las veces de garante de que no se producirán determinadas consecuencias indeseadas; de los riesgos restantes solemos hacer abstracción nosotros (al participar en la circulación vial) o las instancias reguladoras (al permitir intervenciones quirúrgicas, etc.)”, p. 580.

⁵⁰¹ Sobre la posible descomposición del riesgo manifiesta GIL GIL: “No es cierta, por tanto, la argumentación de Roxin de que no se puede distinguir fragmentos del riesgo permitidos o no permitidos. La imposibilidad de distinción proviene de una concepción meramente cuantitativa del riesgo prohibido que no es correcta. Si como aquí se ha propuesto se individualizan los cursos causales temidos cuya previsión se considera un riesgo no permitido frente a aquellos otros cuya previsión se asume como permitida, ya no es cierto que no se pueda individualizar. Simplemente habrá que comprobar *ex post* si el resultado se causó por el camino que la cautela infringida trataba de evitar o por el otro cuya posibilidad se consideraba un riesgo permitido y contra el que no se exigía por tanto ninguna cautela para considerar a la conducta cuidadosa”, *El delito imprudente*, pp. 351, 352.

conducir al resultado, lo que lo lleva a señalar que este último debe imputarse en los casos en que él solo se habría producido mediante actuaciones con un objetivo sustancialmente distinto al del desplegado:

“en todos los casos en que el resultado se habría llevado a cabo solo mediante una acción de un tipo totalmente distinto, esto es, en especial de conductas al servicio de otro objetivo o interés no pretendido por el autor habrá que concluir que se imputa el resultado”⁵⁰².

Asumiendo este planteamiento, cabe señalar que en la configuración del nexo de determinación debería tenerse en cuenta la realización de una conducta orientada a un objetivo similar al que motivó la conducta efectivamente desplegada, y que también habrá que respetar el contexto de circunstancias en el cual se desplegó la conducta causante del resultado; de manera que el proceso causal hipotético debería tener en cuenta la supresión de la conducta efectivamente realizada y la indagación de lo que habría de suceder con una conducta de riesgo permitido, sin alterar las circunstancias en que se inscribe la conducta de riesgo.

De la consideración propuesta por FRISCH, se deriva también otra limitación importante a la aplicación de los cursos causales hipotéticos en materia de imprudencia: si ésta se deriva del hecho mismo de realizar una actuación desaprobada por el ordenamiento jurídico, porque no se permitía la perturbación o intromisión en un ámbito ajeno⁵⁰³, la causalidad hipotética habrá de configurarse sobre la base de la omisión misma del comportamiento de riesgo.

Finalmente, la causalidad hipotética podría asociarse también a la disponibilidad de la actuación ilícita posterior de un tercero, que genera riesgos desaprobados para el bien jurídico.

⁵⁰² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación*, pp. 567, 568.

⁵⁰³ Cuestión distinta a ésta es la de la ejecución del comportamiento de riesgo por quien carecía de idoneidad previa para el manejo del riesgo. Crítica con la idea de la imprudencia por asunción, como ya se vio, en respuesta a un planteamiento del autor de este trabajo respecto a que en la imprudencia por asunción el curso causal hipotético implicaría suprimir la ejecución del comportamiento (CADAVID, “El incremento del riesgo”, p. 92), GIL GIL valida indagar por lo que hubiera de suceder con un comportamiento ejecutado por quien contara con la preparación adecuada para el control del mismo, *El delito imprudente*, p. 350, nota 1042; solución que puede reconocerse como razonable.

Parece existir consenso en el sentido de que la disposición de un tercero para obrar ilícitamente (la existencia de un autor de remplazo, que podría darse también en la imprudencia) en ningún caso alcanza a desestructurar el nexo de imputación con respecto al primer sujeto⁵⁰⁴.

Derivado de lo anterior, si dos personas que actúan dentro de un quirófano con relaciones de coordinación y no de subordinación, como las que hay entre el cirujano y el anesthesiólogo, yerran al tiempo en la actuación que les corresponde y la actuación errónea de ambos determina la muerte del paciente, siendo cada uno de los errores suficiente por sí solo para determinarla⁵⁰⁵, existirá un límite normativo derivado de la posibilidad de invocar la actuación antijurídica del otro como factor excluyente de la propia responsabilidad.

Ahora bien, si el tercero efectivamente actúa, si se trata de procesos de riesgo independientes, habrá que determinar si los riesgos pueden atribuirse a los distintos actores;

⁵⁰⁴ El problema de los cursos causales hipotéticos derivados de la existencia de un autor de remplazo, especialmente importante en el enjuiciamiento de quienes habían ejecutado órdenes antijurídicas, que después, al ser procesados invocaban la existencia de un autor de remplazo, ha motivado muchas reflexiones en la doctrina.

ROXIN por ejemplo, pretende que aunque se declare válido el empleo de los cursos causales hipotéticos, no se excluya la responsabilidad penal en supuestos de disponibilidad de un autor sustituto. La imputación del resultado en estos casos le parece un logro irrenunciable de la moderna dogmática jurídica: “Para la causalidad, ..., en los delitos comisivos los cursos causales hipotéticos son irrelevantes por regla general; no obstante, eso no impediría atribuirles un efecto excluyente de la imputación. En este campo sigue habiendo muchas cosas sin aclarar; pero al menos existe unanimidad sobre el caso más importante: la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”, ROXIN, *DP, PG*, T. I, p. 368.

Por su parte, SANCINETTI afirma: “la cuestión se resuelve sin divergencias entre opinión dominante y opinión minoritaria, cuando el curso hipotético sería el comportamiento antijurídico de un tercero –me refiero ahora al comportamiento aun no ejecutado al momento de la acción del causante real (el así llamado “autor de reemplazo”)–... es evidente que nadie podría excusarse en que si él no hubiera hecho lo que hizo, de todos modos lo habría hecho otro (opinión unánime)”, “Reflexiones sobre la posible relevancia de los cursos causales hipotéticos”, p. 232.

De una opinión contraria, Art. KAUFMANN, quien acepta que “no puede haber ninguna duda de que también en hechos dolosos puede desempeñar un papel el que estén ya listas causas de reserva hipotéticas. Antas bien, vale elaborar el punto de vista decisivo que en tales casos atenúe o anule por completo la responsabilidad por la conducta que causa el resultado”, “La importancia de las causas del resultado hipotéticas”, p. 169.

⁵⁰⁵ Otros ejemplos en ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, pp. 31 y ss.

en el caso de riesgos concurrentes, se debe establecer como en todos los casos cual de ellos se materializó en el resultado. Y en los casos de actuaciones que no se correspondan con un proyecto conjunto de actuación, la teoría de la prohibición de regreso podría ofrecer criterios de solución asumibles en esta sede⁵⁰⁶.

Por ejemplo, podría imaginarse que durante su hospitalización un grupo de médicos atiende a un paciente, de acuerdo con unas pautas que constan en protocolos ya desactualizados, por lo que cualquiera de los miembros de ese grupo le hubiera suministrado un mismo medicamento que ya los avances científicos han demostrado como contraindicados para patologías como la que están tratando. Como consecuencia del suministro de la medicación el paciente sufre un agravamiento de su condición, o fallece.

También en estos casos parece adecuado rechazar la invocación a los efectos de una actuación similar a la de la persona enjuiciada que hubiera realizado un tercer sujeto imprudente.

Todo ello significa entonces que también existen límites normativos a la posibilidad de atribuir el resultado a los casos en que se constate la actuación real o hipotética de terceras personas; y que por ello, en la configuración del nexo de determinación solo podrá proponerse como causa de remplazo la actuación cuidadosa de otra persona que en circunstancias similares hubiera podido generar unos riesgos que se mantengan dentro del umbral de lo permitido.

ii) La obligación de observar la norma de cuidado en toda situación de compromiso para el bien jurídico

A esta cuestión ya se ha dedicado un análisis detallado⁵⁰⁷; y como en su momento se señaló, la respuesta a ella depende de cómo se entiendan las funciones del Derecho penal y del alcance que se dé a la protección de bienes jurídicos por parte de éste.

⁵⁰⁶ En general, existe un presupuesto para la aplicación de esta teoría y es que el resultado no se les atribuya como autores a los distintos intervinientes, FEJOO, Límites de la participación criminal, p. 99.

⁵⁰⁷ Además de las citas ya efectuadas, vale traer a colación la siguiente idea de MARTÍNEZ ESCAMILLA: “todavía no se ha justificado suficientemente por qué el que la norma lesionada, a pesar de su idoneidad general, por

Para ilustrar un poco más las diferencias de criterio, se hará mención al análisis efectuado por GIMBERNAT de algunos supuestos de hecho.

En el ya citado caso del farmacéutico (cfr. nota 453) este autor afirma que si el sujeto

“causa la muerte del niño despachando la medicina y se comprueba que el médico hubiera vuelto a prescribir el preparado si la madre se lo hubiera pedido, pero (...) esta prescripción del medicamento por parte del médico hubiera constituido una imprudencia temeraria, no se comprende por qué no ha de responder el farmacéutico por la muerte”⁵⁰⁸.

A esa inquietud podría responderse que el recurso a los cursos causales hipotéticos supone la fijar unas pautas que reglamenten su uso. Una de ellas es la determinación de lo que ha de ser objeto de supresión y remplazo, restringiendo la posibilidad de una modificación indefinida de las circunstancias a tener en cuenta⁵⁰⁹.

De igual manera dice GIMBERNAT que mediante el empleo del nexo de determinación, habría que absolver, sin que exista razón para ello, en los casos en que un sujeto que desea envenenar a su enemigo pide una fórmula a un médico amigo para lograr con ella la venta de la sustancia, por si el farmaceuta la exige, lo que no sucede, vendiendo la sustancia que a su vez le es suministrada a la víctima en el mismo momento en que se pensaba utilizar de haberse presentado la receta (elemento este último, el de la hora, que el autor citado considera relevante para explicar como el resultado en concreto sería el mismo con el curso real o con el hipotético):

circunstancias casuales, se muestre *ex post* inservible en el caso particular ha de redundar en beneficio del sujeto”, “¿Relevancia de los comportamientos alternativos...?”, p. 109; esta autora formula otras críticas a la teoría tradicional en el sentido de que se infringiría el principio de igualdad respecto a aquéllos casos en los que no hubiera un posible curso causal de reemplazo, p. 111.

A esta pregunta cabría responder que justamente por su inutilidad *ex post* para proteger el bien jurídico es que la sola transgresión de la norma lesionada no resulta suficiente para la configuración del injusto.

⁵⁰⁸ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 134.

⁵⁰⁹ Con independencia de ello es bueno no olvidar que la atribución del resultado no comporta la afirmación de responsabilidad. La posibilidad de atribuir responsabilidades al farmaceuta en un caso de este tipo supone la valoración de una serie de aspectos relacionados por ejemplo con la participación, que no permitirían atribuirle responsabilidad a este sujeto ni siquiera en la variante propuesta por GIMBERNAT.

“Si suprimimos in mente la acción antijurídica -despacho sin preparado de la receta- y añadimos *in mente* la acción adecuada a derecho -despacho del preparado solo si previamente se presenta la receta-, el resultado (envenenamiento) se habría producido también en todos sus detalles concretos -con el mismo veneno- y en el mismo instante -también a las siete de la tarde habría envenenado el asesino a su víctima-. Que el farmacéutico no responda por la muerte solo por la circunstancia de que el autor poseía una receta, no puede convencer”⁵¹⁰.

En un caso como éste lo que parece necesario establecer es el factor de remplazo, y los efectos de ello. Si el efecto de la actuación hubiera sido el mismo, porque cualquiera habría presentado la fórmula médica que se habría expedido por ser procedente, el farmaceuta no debería responder; en cambio, si se prueba que en ningún caso se habría presentado, se trataría de un resultado que podría atribuírsele al farmaceuta, que de llegar a constituir una participación imprudente en el hecho doloso de otro, se someterá a las reglas que más adelante (cap. III) se expondrán.

iii) La objeción de que la teoría del nexo de determinación da lugar a absoluciones cuando hay que condenar

Finalmente, a la objeción propuesta por GIMBERNAT a la teoría del nexo de determinación (y también a la teoría del incremento del riesgo⁵¹¹) en el sentido de que

⁵¹⁰ GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 135.

⁵¹¹ GIMBERNAT en efecto critica también la propuesta de ROXIN, a la que en un primer momento consideró la solución adecuada para la fijación del vínculo normativo que debía existir entre la actuación ilícita y el resultado típico: “Después de volver a meditar sobre la cuestión de la relevancia de los procesos causales hipotéticos, no me es posible seguir manteniendo la opinión que allí (-en un artículo anterior dedicado al análisis de la teoría del incremento del riesgo-) expresaba de que la tesis de ROXIN representaba, “probablemente, la solución definitiva de este difícil problema” *Delitos cualificados*, p. 136, nota 69.

Y en efecto critica la postura de ROXIN señalando que “lo que ... no consigue superar son las dos objeciones que hemos hechos hasta ahora a todas las teorías que hemos examinado: que existen casos en los que hay que absolver, a pesar de que la acción imprudente no representa un riesgo mayor para el resultado que la acción prudente; y que son imaginables otros en los que aun cuando el riesgo de los comportamientos prudente e

conduce a la absolución en casos en los que hay que condenar o a la inversa, debe responderse que todo depende del punto de partida que se haya asumido. Desde luego, a esta crítica solo se puede arribar después del desarrollo de la cuestión, porque de otra forma se convertiría en presupuesto lo que ha de ser objeto de demostración.

iv) La subordinación de los cursos causales hipotéticos al fin de protección de la norma

Alguna autora ha reivindicado la importancia y utilidad de los cursos causales hipotéticos, atribuyéndoles incluso un carácter irrenunciable, pero incardinándolos dentro del fin de protección de la norma. De alguna manera la idea que subyace a ese planteamiento es la de que las normas de conducta o de cuidado no están establecidas para proteger los bienes jurídicos frente a cualquier clase de resultado lesivo, y que se debe constatar si en el caso concreto se produjo uno de los resultados que aquélla buscaba evitar, con la precisión sin embargo, de que la finalidad protectora de la norma decaería en aquellos eventos en los cuales el bien jurídico estuviera abocado a la lesión como consecuencia del comportamiento generador de riesgos permitidos⁵¹²; sin embargo de esa manera, y a pesar de que, como ella misma manifiesta, existen múltiples versiones sobre el fin de protección de la norma, la que recoge este planteamiento es una que materialmente se llena con el contenido de la teoría del nexo de determinación. Y además, terminaría de esa manera, bajo una estructura conceptual distinta, desarrollando la idea que es propia del concepto al que pretende renunciar.

El fin de protección de la norma desarrollado de esa manera resulta entonces un concepto que materialmente no se diferencia del de nexo de determinación.

imprudente son iguales no existe ningún motivo para eximir de responsabilidad al autor”, *Delitos cualificados*, p. 139.

⁵¹² En este sentido GIL GIL: “El criterio de la conducta alternativa conforme al Derecho debe ser manejado únicamente como un criterio auxiliar que nos permita comprobar si el resultado pertenece al ámbito o fin de protección de la norma mediante la reflexión de que aquellos resultados inevitables siguiendo la norma de cuidado no pueden pertenecer a su fin de protección sino que serán una concreción del riesgo permitido. Al ámbito de protección de la norma solo pertenecerán aquellos resultados evitables siguiendo la cautela ordenada, con los no evitables a pesar de cumplirse la norma”, *El delito imprudente*, p. 352.

c. Conclusión

Lo anterior permite colegir que las críticas formuladas al nexo de determinación, en relación con su supuesta incoherencia lógica no son insalvables, y que este instrumento no solo se revela útil en la determinación del vínculo normativo entre la actuación imprudente y el resultado, al permitir el desarrollo de la idea que en general acepta la doctrina respecto a la necesidad de consonancia entre los desvalores de acto y de resultado, sino que también es político criminalmente adecuado. La posibilidad de que en algunos casos subsista la duda acerca de si la realización del resultado es materialización del componente permitido, o del desaprobado del riesgo total, y la consecuente aplicación del principio del *in dubio pro reo*, parece un costo que el ordenamiento jurídico puede asumir: no debería atribuirse responsabilidad penal si existe duda acerca de si el resultado es imputable al riesgo permitido.

Una vez que de conformidad con el procedimiento descrito se haya determinado si el resultado es atribuible al riesgo desaprobado habrá de indagarse si él es uno de aquellos que la norma de conducta o de cuidado pretendía evitar; es decir, que el esquema de atribución del resultado operará mediante un sistema de filtros en el que se deben diferenciar varios momentos, necesarios todos. Solo cuando se concluya este ejercicio se podrá afirmar la tipicidad de la afectación del bien jurídico.

d. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos de responsabilidad médica

La posición del Tribunal Supremo respecto a la configuración del nexo normativo entre la actuación imprudente y el resultado no ha sido unívoca, ni coherente, como consecuencia de haber sostenido posturas que se mueven en un espectro conceptual muy amplio e inconcreto. Así, mientras que en algunas sentencias pareciera bastarle la comprobación del nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado; en otras, al asumir la postura que se refirió como mayoritaria, se alude a un nexo de determinación o de antijuridicidad; en tanto que en otras más, pareciera asumir, aunque no de manera explícita, los criterios del incremento del riesgo.

A continuación se citan algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las que se analiza el problema. Varias de ellas aluden al nexo entre imprudencia y resultado desde la óptica de la causalidad pero con una comprensión básicamente normativa de la

misma; es decir, una causalidad determinada en clave de previsibilidad, o de eficacia de una actuación esperada y no desplegada, para neutralizar los riesgos para el bien jurídico, que con el tiempo se han considerado elementos de un nexo normativo entre la actuación y el resultado.

La sentencia de 22 de diciembre de 1951 (Mg. CASTELLÓ) analiza la posible responsabilidad del Director de un manicomio del que se fugó un paciente que, tras hacerlo, mató a su esposa (la del segundo). Luego de delimitar las competencias funcionales del procesado, y descartar que le correspondieran funciones de vigilancia de los internos, invoca como uno más de los argumentos por los cuáles absolver al procesado que:

“...de todos modos entre aquella omisión y el hecho ejecutado no media la relación causal, con enlace directo, indispensable para la responsabilidad delictiva”

La STS de 15 de diciembre de 1953 (Mg. DE IZAGUIRRE) sostiene que el nexo entre acción y resultado es de causalidad. En este caso se procesaba a un cirujano que tras una cirugía olvidó unas pinzas en la cavidad abdominal del paciente, que necrosaron un segmento de intestino; lo que le generó una peritonitis (que motivó una reintervención en la que se extrajo el cuerpo extraño) que a su vez derivó en un fallo del sistema vascular periférico, desencadenante de un síncope cardíaco y de la muerte. Según la sentencia:

“La mencionada imprevisión fue la única y eficiente causa originaria del lamentable suceso de autos, sin que el período que ha mediado entre la intervención realizada por el recurrente en doña FPR y los primeros síntomas del proceso de oclusión intestinal que produjo la muerte de esta señora pueda considerarse por el mero hecho de su transcurso, como un fenómeno que haya roto el nexo causal”

En la sentencia de 11 de febrero de 1987 (Mg. DÍAZ P.), referida a un ATS de guardia que recibió a un paciente escayolado y con fuertes dolores y lo trató sin requerir la presencia del especialista, quien sólo lo atendió al día siguiente al de la actuación del primero, pero cuando todavía no se había manifestado una gangrena que dio lugar a la amputación del brazo comprometido, se desestima la responsabilidad del procesado, afirmando la inexistencia de causalidad:

“...ningún poder causal tuvo la actuación del acusado tanto si se mira desde el lado activo (prescripción de un analgésico) como pasivo (omisión en avisar al Médico de guardia) pues si tal omisión pudiera tener algún cariz antirreglamentario a tenor del art. 1 del Dcto. de 17 de noviembre de 1960 que prescribe que para ejercer funciones de ATS ha de hacerse bajo la dirección o indicación de un médico, es obvio también que su pasividad fue totalmente inocua respecto al resultado en cuanto que al día siguiente 9 de noviembre, fue instaurado el tratamiento médico adecuado y hasta la mañana del día 10 no pudo ser detectada la gangrena gaseosa causa inmediata de la amputación del brazo”.

Dada esa conclusión, la sentencia no analiza los efectos que habría tenido la conducta (no realizada) de iniciar el especialista el tratamiento con antibióticos desde el día de la atención; ni se analiza por ende si ése era un tratamiento indicado, ni los efectos que ello hubiera tenido para controlar la infección que finalmente determinó la gangrena del brazo del paciente. Parece claro que el inicio temprano del tratamiento adecuado para una enfermedad puede mejorar de manera sustancial el pronóstico. Éste caso evidencia bien el problema de la incidencia de establecer si el tratamiento adecuado hubiera permitido mejorar el pronóstico o evitar el resultado lesivo, sin que desafortunadamente se haya ahondado en ello.

La STS de 4 de octubre de 1990 (Mg. DELGADO) analiza la posible responsabilidad derivada de un error en el diagnóstico, que dio lugar a un tratamiento que de todas maneras produjo un resultado aparentemente exitoso en cuanto a la curación de la paciente:

“Se dice (...) que hubo un error de diagnóstico, y en cierta manera así ocurrió. El acusado dijo que la señora querellante tenía un fibroma en el útero que necesitaba una intervención quirúrgica para su eliminación porque provocaba fuertes hemorragias. Se comprobó que tal anomalía no existía, pero también que era indicada la intervención referida que tenía por objeto la erradicación de tales hemorragias mediante una histerectomía total..., que efectivamente se practicó con éxito porque realmente desaparecieron las abundantes pérdidas de sangre que motivaron la consulta médica. Por ello ha de estimarse irrelevante el mencionado diagnóstico equivocado”.

También se analiza la causalidad en un caso de error de diagnóstico en la STS de 28 de septiembre de 1992 (Mg. DÍAZ P.), en la que se decidió sobre la responsabilidad de un

estudiante de quinto año de medicina, que usurpando funciones médicas atendió a un paciente en quien confundió un síndrome de abstinencia con una crisis hepática. La STS lo absuelve con el argumento de la incontrolabilidad del riesgo una vez que pudo hacerse el diagnóstico correcto:

“La aplicación de los fármacos se debía a la existencia admitida de una crisis de abstinencia en el enfermo, producto de su adicción a la heroína, que se superponía a la crisis hepática enmascarándola, pero una vez que fue conocida ésta, al llegar a la Residencia la analítica practicada, sus efectos fueron tan fulminantes que ya no dio tiempo a ulterior tratamiento que por otra parte no tiene lugar, a no ser el trasplante de hígado. Por ello ninguna de las dos modalidades de imprudencia profesional... pueden darse...”.

Antes de pasar a la mención de sentencias en las que se analiza ya la configuración del vínculo normativo entre la actuación imprudente y el resultado, interesa llamar la atención sobre la STS de 8 de junio de 1989 (Mg. GARCÍA A.), en la que se matiza la necesidad de causalidad como presupuesto del vínculo normativo, al considerar que aquélla es imposible de probar de manera tajante. Esta posición, de todas maneras es insular dentro de la jurisprudencia misma, y en lo que a la doctrina respecta. El aparte pertinente de la sentencia manifiesta lo siguiente:

“Finalmente, tampoco es óbice para casar la sentencia... que no se haya demostrado la relación de causalidad (...) si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo (...) porque en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de un manera tajante (ello sería siempre imposible), sino de juzgar conductas imprudentes por sí mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable”.

La STS de 12 de marzo de 1990 (M.P. PUERTA) examina la posible responsabilidad por el desarrollo de una infección postoperatoria, que no fue tratada con antibióticos; en ella, además del análisis en torno a si se obró imprudentemente, se destaca la necesidad de establecer, en los casos de concurrencia de riesgos, cuál de ellos fue el desencadenante del resultado, como requisito para la atribución de éste:

“El propio Tribunal, (...), pone de manifiesto -...- que el procesado, dada la existencia de un catéter vesical que ya entrañaba un riesgo de infección y la aparición de fiebre alta al día siguiente de la intervención, debió vigilar más asiduamente el curso posoperatorio, acordando la práctica de la correspondiente analítica y combatirla debidamente, estimando que tampoco prescribió -como debió hacerlo- un antibiótico de amplio espectro. No obstante lo cual, reconoce que, aun con tales medidas, no puede asegurarse que se hubiera podido evitar el fatal desenlace.

A la vista del conjunto de circunstancias concurrentes, no es posible imputar al cirujano -...- ninguna negligencia o imprudencia penalmente punible. Al no haberse podido determinar de manera indubitada la causa fundamental determinante del fallecimiento del paciente intervenido, tampoco cabe apreciar ninguna actuación errónea del recurrente en el curso del posoperatorio, ni cabe afirmar categóricamente y de modo incontrovertible que, en el presente caso debió prescribirse un antibiótico de amplio espectro, ni acordarse la práctica de un hemocultivo o urocultivo -cuando el propio Tribunal dice que “diversas pruebas pueden retardar el resultado dos o tres días”.

En la misma línea de exigir nexo de determinación entre la infracción del deber de cuidado y el resultado se halla la STS de 29 de octubre de 1994 (Mg. RUIZ V.), en el caso de un traumatólogo que no diagnosticó oportunamente la infección que derivó en una gangrena, en la que se asumió la tesis absolutoria del Tribunal de instancia según el cual:

“no puede atribuirse a los acusados responsabilidad penal alguna por el resultado que se produjo –no obstante afirmar que todos ellos actuaron negligentemente- “al no constar que dicho resultado estuviera producido por el comportamiento de los acusados, o dicho de otra forma, que se hubiera podido evitar de actuar los acusados con absoluto cumplimiento del deber de cuidado que les era exigible”.

Y también se exige un nexo de determinación en la STS de 30 de abril de 1999 (Mg. GIMÉNEZ), en el caso de un gineco-obstetra y unos urólogos, procesados por la muerte de una paciente que presentó lesión de la vejiga tras la realización de una cesárea, aunque al parecer no atribuible al procedimiento sino a unas bacterias (betahemolíticos) que le generaron una agresiva infección. Al confirmar la absolución de la instancia se sostiene que:

“La Sala de Instancia dispuso de otra batería de informes médicos que de forma concluyente afirmaron...que no hubo tardanza en la decisión de operar, y ésta se realizó conforme a la correspondiente lex artis, y que incluso la decisión de operar antes, hubiese llevado a idéntico resultado, al estimarse que la causa de la muerte pudo ser debida a una infección fulminante de un microbio extraordinariamente agresivo, razón por la que no se objetivó ninguna lesión urinaria cuando se examinó la vejiga e la segunda operación”.

En lo que al efecto que hubiera de surtir una actuación cuidadosa respecta, la STS de 14 de marzo de 2002 (Mg. MARTÍNEZ A.) no exige certeza, sino una alta probabilidad de que la actuación cuidadosa hubiera podido evitar el resultado. Aludiendo a los elementos del delito imprudente, manifiesta:

“Hemos declarado que la exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción u omisión que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía, que era previsible y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado”.

Mientras que en las sentencias citadas hasta el momento se ha entendido que la responsabilidad por imprudencia supone prueba de la existencia de una relación causal (con la excepción en su momento advertida) o de una relación de riesgo específico, entendida como relación de determinación, otras STS han entendido suficiente un incremento del riesgo, o la no atenuación de un riesgo preexistente.

Así, por ejemplo, la citada⁵¹³ STS de 26 de febrero de 1990 (Mg. MARTÍN P.) no desconoce la relevancia de la gravedad de la patología del paciente y su potencialidad mortal, a efectos de la atribución del resultado, lo que la lleva a manifestar que:

⁵¹³ Cfr. nota 284, donde se describe el supuesto de hecho.

“La situación del enfermo... constituía en parte una causa suficiente del resultado de muerte pero no de una manera indefectible e inexorable, porque estaban abiertas según las posibilidades científicas actuales, medidas terapéuticas de intervención en el curso natural de los acontecimientos ... la conducta omisiva si bien no ha sido totalmente determinante del resultado, si ha contribuido suficientemente a causarlo”.

La también citada (en nota 239) STS de 23 de febrero de 1979 imputa una imprudencia grave por no ordenar el traslado de un paciente a una Residencia Sanitaria, *“a fin de que, previas las oportunas investigaciones, se diagnosticase el mal con precisión y se adoptasen las medidas quirúrgicas o medicamentosas adecuadas, las que posiblemente hubiesen evitado el mortal desenlace”*, pareciendo considerar suficiente el que una atención temprana, echada de menos en la sentencia, posiblemente hubiera podido evitar el resultado.

La STS del 29 de enero de 1991 (Mg. HUERTA), analizó el caso de un paciente que ingresó a un centro Hospitalario con un pésimo estado neurológico (con absoluta pérdida de las funciones de relación y respiración espontánea insuficiente), por lo que se le clasificó en un coma grado III. Poco tiempo después de su ingreso, pasó de coma grado III a coma profundo o grado IV,

“sin respuesta a ningún tipo de estímulos, midriasis bilateral, ausencia de reflejos osteo-tendinosos, cutáneo-plantares, corneales y oculocefalógiros y falta de respiración espontánea, lo que revelaba la ausencia de actividad cerebral irreversible, equiparada a muerte cerebral y, por consiguiente, a muerte en sentido habitual y legal del término, aunque el corazón seguía latiendo”.

Pese al cuadro anterior, uno de los médicos tratantes diagnosticó erróneamente como un derrame pleural, lo que en realidad era una atelectasia pulmonar, y realizó, de forma contraria a la *lex artis*, una toracocentesis para la corrección del supuesto derrame pleural. En el transcurso del procedimiento se produjo *“un desgarró de una arteria intercostal (y) alcanzando el bazo”*, que determinó una parada cardíaca horas después.

El médico, absuelto en instancia del delito de imprudencia temeraria que se le imputaba, fue condenado por el Tribunal Supremo como autor de una falta de simple imprudencia⁵¹⁴.

En el trámite de la casación la discusión no fue propiamente la del efecto del comportamiento cuidadoso, sino la de si el paciente estaba muerto ya cuando se realizó la punción, lo que impediría la imputación de un homicidio. El TS, inicia su análisis mencionando los cuatro requisitos que según la Ley española de trasplantes permiten afirmar la ocurrencia de muerte cerebral: ausencia de respuesta cerebral, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, y electroencefalograma plano; para señalar que cuando se produjo la lesión causante de la parada cardíaca, la situación clínica del paciente permitía confirmar la ocurrencia de los tres primeros requisitos mencionados. En este caso para la declaratoria de muerte cerebral solo faltaba la realización del electroencefalograma (y que éste fuera plano).

Además de la falta de este examen y de la realización de un procedimiento contrario a la *lex artis*, afirma la sentencia que debe declararse la responsabilidad penal porque

“aunque mínima, existe posibilidad de sobrevivencia del orden del 0,002%, esto es, que de cien mil casos con una sintomatología como la que presentaba el lesionado, tan solo dos conseguirían remontar dicha situación clínica según predicciones efectuadas por la ciencia médica, y esa tan ínfima posibilidad impide declarar que ya se había producido la muerte cerebral, como se hace en la sentencia recurrida, sin haberse practicado el encefalograma”.

⁵¹⁴ En líneas anteriores se hizo referencia a las posibilidades de graduación de la imprudencia. Esta sentencia parece reflejar el empleo arbitrario, advertido ya por la doctrina, de los márgenes de maniobra que le concede la ley para la atribución de responsabilidad penal y que se manifiestan con mucha relevancia por ejemplo a la hora de determinar el carácter doloso o imprudente de un comportamiento.

La imputación de una falta simple de imprudencia significaría que la infracción del deber de cuidado fue muy leve, aunque el resultado haya sido de mucha entidad. Sin embargo parece que el Tribunal Supremo considera que la realización del procedimiento fue gravemente imprudente. Por lo que la calificación de una simple falta parece obedecer a la valoración de la altísima probabilidad de que el paciente hubiera fallecido ya cuando se realizó el procedimiento.

Aunque más que los efectos de un comportamiento alternativo ajustado a derecho, se discute en la sentencia la ocurrencia o no del resultado con anterioridad a los hechos (pues en últimas lo que se discute es si el médico mató o no al paciente, y no los efectos posibles de una ejecución adecuada de la punción toraco-abdominal), es indudable que el problema material que subyace a este caso podría aportar luces importantes para el análisis de la cuestión que se pretende dilucidar.

La pregunta básica que surge después del análisis de este caso es la siguiente: ¿existe la necesidad de sancionar como homicida el comportamiento realizado sobre quien existe un 99.998/100.000 de posibilidades de que estuviera muerto antes de la realización de la conducta imprudente?

La decisión del Tribunal Supremo no parece materialmente correcta. El que la posibilidad de que el paciente estuviera vivo fuera tan reducida en ese momento (de solo 2/100.000), siembra en este caso una duda difícilmente superable respecto a la existencia de nexo causal. Es decir, que con altísima probabilidad se estaba causando la muerte cardiopulmonar a quien con antelación ya había sufrido muerte cerebral. Y la sentencia comentada sustituye esta discusión por la afirmación de que hubo un incremento, cuantitativamente minúsculo por demás, del riesgo de muerte generado por la actuación.

Y además, como el factor cuantitativo no deja de ser problemático (es decir, podría preguntarse si el incremento de las posibilidades de muerte sería relevante a partir del 1%, del 2%, o del 50%), la sentencia opta por una vía en la que no queda espacio para esa discusión: cualquier situación que genere un riesgo superior al que ya de por sí soportaba el bien jurídico determinará que deba atribuirse resultado.

La STS de 20 de abril de 1994 (Mg. GRANADOS P.) alude también al criterio del incremento del riesgo. El caso es el de un anestesiólogo que concluido un procedimiento se encargó de que la paciente fuera trasladada a la sala de reanimación, yéndose a otra cirugía sin advertir que aquélla no despertaba, lo que luego se explicó porque estaba en coma; la sentencia lo declara responsable porque:

“... con su anuencia al no poderse detectar la regresión sufrida por la paciente, incrementó de forma notable el riesgo para su salud, produciéndose un resultado que,

sin duda, es concreción de ese incremento injustificado de riesgo provocado por la conducta del anestesista acusado”.

Muy interesante también es la solución dada por la STS de 6 de julio de 2006 al caso de un médico que mantuvo en observación varias horas a una paciente, estable, que había sido víctima de una tentativa de homicidio, y que unas seis horas después de la agresión fue llevada a cirugía, donde se constató una lesión hepática, no detectada con anterioridad, y que finalmente causó su muerte. La paciente estuvo estable varias horas tras su ingreso al servicio de urgencias, donde se le ordenó una TAC, y ante la constatación de leve disminución de la hemoglobina se dispuso una transfusión. Aparte de lo cuestionable de imputar imprudencia por las razones expresadas, la sentencia reconoce que el índice de mortalidad en este tipo de laparotomías realizadas tempranamente es del 85 al 90%; lo cual significa que había una altísima probabilidad de que las heridas fueran de por sí mortales. La solución por la que se optó en este caso fue la empleada en otros casos de degradar la imprudencia e imputarle al médico no un delito sino una falta. De esta manera el Tribunal Supremo pasó la línea argumental de lo relativo al nexo entre imprudencia y resultado, a entender que la alta probabilidad de ocurrencia del resultado como consecuencia del factor, enfermedad, lesión o trauma que obliga a atender al paciente, es lo que determina es una atenuación de la creación del riesgo desaprobado o imprudencia.

Antes de terminar, cabe advertir que el Tribunal Supremo se ha ocupado de otros problemas relacionados con la realización del riesgo en el resultado.

Por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 1991 trata el problema de las desviaciones inesenciales del curso causal. La sentencia se ocupa de una mujer con conocimientos de comadrona que intentó causar un aborto en el transcurso del cual lesionó a la materna, debiendo suspender el procedimiento, requiriéndose de una intervención quirúrgica posterior dado el riesgo de septicemia. Manifiesta la providencia que:

“el delito de aborto... se consuma también cuando la interrupción del embarazo es necesaria para salvar la vida de la madre, en peligro por una septicemia que es producto de las maniobras abortivas ya practicadas. En efecto, si bien se trata de una desviación del nexo causal, lo cierto es que ésta no tiene el carácter de esencial, y por tanto, la muerte del embrión sigue siendo la concreción del peligro constituido por la acción de la procesada recurrente”.

Otros problemas como el de la atribución del resultado cuando se dan actuaciones de terceros posteriores a la imprudencia de un primer actor se tratarán en el capítulo 3.

B. EL DENOMINADO TIPO SUBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE

En apartados precedentes se planteó que el concepto de previsibilidad, ofrece una base común al dolo y a la imprudencia, delimitando el marco de lo que sería atribuible bajo una u otra forma de tipicidad; así mismo, se esbozaron algunas líneas relacionadas con la existencia o no de un deber de cuidado interno. A partir de la reivindicación de ese concepto, algún sector de la doctrina sostiene la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente, sin considerar que el de previsibilidad es un concepto normativo, y no subjetivo, que describe una potencialidad o posibilidad de prever, que solo cuando se ejerce, llevando a la previsión efectiva, permite hablar una relación subjetiva con la actuación y sus efectos.

El papel limitante de la responsabilidad que cumple la previsibilidad, permite señalar que se puede imputar responsabilidad penal a sujetos que no hayan advertido cognitivamente ni los riesgos, ni los efectos de su actuación, siempre que hayan estado en posibilidad, determinada normativamente, de hacerlo.

De esa manera, el ordenamiento fija un nivel de previsibilidad en función del cual se establece el umbral mínimo de lo penalmente relevante, con lo cual este concepto se torna en un criterio de determinación del riesgo permitido. Los riesgos que se ubican dentro del marco de lo previsible, son aquéllos en relación con los cuáles habrán de adoptarse medidas adecuadas para su neutralización o su encauzamiento hasta el nivel de lo permitido. Los que estén por fuera de ese nivel serán jurídicamente irrelevantes⁵¹⁵.

Lo anterior obliga a hacer algunas precisiones. La inicial, es que la previsibilidad juega un papel relevante en la determinación del riesgo permitido, y con ello, en el tipo objetivo. La doctrina más tradicional ha explicado la punibilidad de la imprudencia inconsciente a partir de aquél concepto, dada la dificultad para constatar en ella un tipo subjetivo paralelo al del tipo doloso; sin embargo, frente a esta alternativa, cabe indagar si es

⁵¹⁵ Afirma PAREDES CASTAÑÓN que la cognoscibilidad (previsibilidad) no determina por sí sola la responsabilidad penal dada la existencia de espacios de actuación lícita: “el límite de lo cognoscible es el límite máximo que puede alcanzar el ámbito del desvalor de la conducta, pero no necesariamente es siempre ese el límite real”, *Riesgo permitido*, p. 369

posible renunciar a la punibilidad de la imprudencia inconsciente entendida como se ha propuesto en las líneas anteriores, por ejemplo, por no resultar compatible con las exigencias del principio de responsabilidad subjetiva⁵¹⁶.

Ahora bien. Si la previsibilidad implica una posibilidad, habrá que indagar por los efectos del ejercicio de la misma; es decir, por lo que ha de suceder cuando la persona advierte no sólo el riesgo que está desplegando, sino los efectos posibles del proceso correspondiente. Ello se ha entendido relevante para diferenciar el dolo y la imprudencia, y es éste el espacio que resulta adecuado para indagar por un tipo subjetivo en la imprudencia.

Planteadas estas cuestiones, en la exposición siguiente se alude en primer lugar a la denominada imprudencia inconsciente y a las dudas que genera su posible punibilidad; más adelante se tratarán las cuestiones relativas a la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente a que daría lugar la imprudencia consciente o con representación.

1. La discusión sobre la punibilidad de la imprudencia inconsciente

La formulación más extendida de la imprudencia inconsciente, aunque no la única como se verá más adelante, entiende que en ella, al infringir el deber de actuación, el sujeto no ha previsto los efectos previsibles de su actuación. La opción político-criminal de sancionarla, no ha estado exenta de objeciones.

Algunos autores señalan que debe ser impune, puesto que la relevancia del comportamiento exige siempre un mínimo de conocimientos efectivos sobre la situación típica y/o sobre la posible ocurrencia del resultado.

STRUENSEE es uno de los autores que más ha animado la discusión al respecto. Para él, en el delito imprudente se debe constatar la existencia de un tipo subjetivo configurado como

⁵¹⁶ Que por ejemplo, plantea BUSTOS: “La existencia de un aspecto subjetivo en el delito culposo aparece como una concreción básica de carácter garantista, esto es, resulta ineludible e indispensable para un Derecho penal moderno que por lo menos el sujeto conozca que está llevando a cabo una actividad de alto riesgo y que por eso se le exige un determinado cuidado; en caso contrario sería pura responsabilidad objetiva o se dejaría la sanción al arbitrio de las meras exigencias de cuidado del Legislador”, *El delito culposo*, p. 42.

conocimiento del riesgo de ocurrencia del resultado típico, porque “la situación del riesgo a valorar nunca va más allá del ámbito del conocimiento del sujeto actuante”⁵¹⁷.

Este expositor entiende que el riesgo de ocurrencia del resultado que haya de atribuirse al sujeto debe ser conocido por éste, dada la consonancia que en una teoría del injusto personal debe existir entre el desvalor de acto y el de resultado:

“Puesto que el correspondiente concepto del disvalor de hecho decisivo debe ser, antes que nada, encontrado, y puesto que, además, la exigencia del disvalor del acto obliga a elaborar conceptos de disvalor que satisfaga(n) la concreta finalidad del sujeto actuante, resulta adecuado incluir, desde el principio, en la formación del concepto, para el caso concreto, solo circunstancias conocidas por el autor”⁵¹⁸.

Más adelante añade:

“El tipo subjetivo del delito imprudente (la contrariedad a cuidado) consiste en el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable (“riesgo no permitido”)”⁵¹⁹.

⁵¹⁷ STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, p. 439; y añade luego: “objeto del juicio de riesgo lo son, ciertamente, los factores representados *como* objetivos, pero precisamente solo los representados, no los sin más siempre realizados objetivamente con la producción del resultado”, p. 443.

Al exponer el pensamiento del profesor alemán, que comparte, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO señala que “el tipo subjetivo presupone que el sujeto conozca un sector suficientemente amplio de las circunstancias que conforman el desvalor de hecho. Dicho de otro modo, si el autor no conoce ni siquiera un marco mínimo, determinado normativamente, de factores de riesgo (elementos del tipo objetivo), su situación será similar a la del autor bajo los efectos de un error sobre el tipo en el delito doloso. Por el contrario el error será irrelevante cuando conozca ese marco mínimo, aunque desconozca algunas otras circunstancias de la situación”, *Teoría del delito imprudente*, pp. 80-81.

⁵¹⁸ STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, p. 442.

De todas maneras, para este autor, y para quienes comparten sus planteamientos, el concepto de desvalor de acción y de resultado serían completamente diferentes en los delitos doloso e imprudente. En tal sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 207.

⁵¹⁹ STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, p. 443.

Aunque con fundamentos distintos, otros autores defienden también la impunidad de la imprudencia inconsciente. Así por ejemplo, KÖHLER, para quien:

“delito imprudente será ‘solo aquel que sea ‘consciente’, esto es, que sea decisión voluntaria de puesta en peligro contraria a la norma (la antigua *luxuria*, maldad (Frevelhaftigkeit)). Por el contrario, la ‘imprudencia inconsciente’ (culpa) no puede ser un hecho punible”⁵²⁰.

MOLINA FERNÁNDEZ, por su parte, entiende que el principio de culpabilidad se opone a la punición de la imprudencia inconsciente, al considerar que una conducta solo debe sancionarse cuando, en relación a la transgresión de la norma, se haya obrado con dolo:

“todo comportamiento punible supone una lesión dolosa de una norma. En el comportamiento imprudente el sujeto lesiona dolosamente una norma de cuidado que tiene por finalidad evitar resultados lesivos. La protección de los bienes jurídicos frente a posibles lesiones se estructura mediante un sistema jerarquizado de normas que van desde las que prohíben comportamientos que con absoluta certeza desembocan en dichas lesiones, hasta las que prohíben actividades que solo remotamente pueden llegar a producirlas”⁵²¹.

Este último planteamiento permite un traslado de énfasis en los elementos que caracterizan la imprudencia inconsciente, desde los efectos de la actuación, hacia el conocimiento efectivo de las normas de conducta a observar en el caso concreto, o incluso hacia la punibilidad misma de la actuación que se despliega.

En esta última línea de análisis se inscribe la propuesta de HAVA GARCÍA, quien reivindica para la imprudencia la existencia de un vínculo subjetivo entre el autor y la

⁵²⁰ Manifiesta este autor entroncar con la tradición de Arthur KAUFMANN, y de manera más inmediata con la base kantiana del pensamiento de Erik WOLF, que le llevarían a fundamentar el injusto penal sobre el derecho de libertad, como elemento caracterizador del pensamiento de la Europa moderna, KÖHLER, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión”, p. 83. Crítico con los planteamientos de este autor, FEIJOO, “Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia”, pp. 153, 154.

⁵²¹ MOLINA, *Antijuridicidad penal*, p. 721; este autor destaca además que el de la punición de la imprudencia inconsciente “no es un problema de una concreta teoría sistemática, sino un problema general de la responsabilidad *personal*”, p. 724.

realización típica, que concreta en haber recibido la eficacia motivadora de la norma penal y de las normas de conducta cuya transgresión determina lo imprudente de la actuación:

“... en el injusto imprudente la *‘negligencia’* o *‘descuido’* viene a sustituir a la *‘decisión en contra del bien jurídico’*, propia del delito doloso. Por ello, para afirmar la existencia de un desvalor de acción imprudente también será necesario que el sujeto reciba la eficacia motivadora del aspecto valorativo de la norma penal (es decir, que *reconozca* el valor que pretende proteger la norma) y que, además, *conozca* (haya aprendido previamente) las concretas normas de cuidado que se han de seguir en el supuesto que se trate para asegurar su incolumidad, puesto que el Derecho penal no puede esperar un comportamiento cuidadoso con respecto a un bien jurídico protegido de un individuo que, o bien aún no reconoce ese valor como tal, o bien no ha aprendido todavía las reglas que debe observar para *‘cuidarlo’*. En otras palabras: no puede actuar *‘descuidadamente’* quien no sabe comportarse *‘cuidadosamente’*; un individuo de esas características no es sujeto destinatario de la norma, sino que más bien se convierte en objeto de regulación”⁵²².

Parece haber entonces dos formas básicas de estructurar el concepto de imprudencia inconsciente⁵²³. La primera, la entiende relacionada con el desconocimiento de los factores

⁵²² HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, p. 39, cursivas en el original. En sentido similar, DONNA: “No puede entenderse, y de esto no hay duda, una culpabilidad sin consciencia del injusto, y este extremo en la imprudencia inconsciente no se da. Un derecho penal basado en la culpabilidad debe admitir este resultado, salvo que se quiera volver a viejos tiempos de la mera responsabilidad objetiva”, *DP, PG*, T.V, p. 52.

Más adelante señala que “En definitiva, no son los factores de riesgo los que el autor del ilícito imprudente debe conocer necesariamente, sino la concreta pauta de cuidado que infringió con su conducta; pues es este conocimiento el que, precisamente, le dota de capacidad para prever la posibilidad de que el resultado típico se produzca si no observa el cuidado que le es exigible”, (ibid., p. 215).

Esta autora refiere en el mismo texto, p. 212, un antecedente de su planteamiento en la postura de BUSTOS/HORMAZÁBAL.

⁵²³ La doctrina refiere propuestas de otra caracterización, centrada en la dañosidad social del comportamiento. En este sentido entiende Armin KAUFMANN los planteamientos de Arthur KAUFMANN respecto a la impunidad de la imprudencia inconsciente “Si se exige con Arthur Kaufmann que el autor debe tener siempre consciencia del daño social, de antemano se obstruye con ello el acceso a la culpa inconsciente (...). Sin embargo, esta concepción no es correcta ni para el delito doloso; pues una conducta también es reprochable cuando el autor habría podido conocer su antijuridicidad (respectivo daño social)”, “El delito culposos”, p. 468. De esta manera el

generadores de riesgo y de la posible ocurrencia del resultado; y la segunda, la vincula con el desconocimiento de la normativa que determina la desaprobación de los riesgos generados por el sujeto, o con la existencia misma o la vigencia de la norma penal que determina el carácter punible de la actuación. A continuación se hará una consideración particular de dichos planteamientos.

a. La reivindicación de la necesidad de conocimiento de los factores de riesgo y de la posible ocurrencia del resultado

En esta línea doctrinal se inscriben planteamientos como el de STRUENSEE que, a pesar de las matizaciones propuestas por el autor, ha sido muy criticado dadas las consecuencias a que conduciría en los casos de sujetos que renuncian a la obtención de conocimientos o de información respecto a los riesgos generados con su actuar⁵²⁴. ROXIN, por ejemplo, conectando la cuestión con la de la existencia de un tipo subjetivo en la imprudencia⁵²⁵, afirma que no es correcto resolver las hipótesis de riesgo permitido en función del aspecto subjetivo de la actuación⁵²⁶; y que la imprudencia no se debe necesariamente al

“conocimiento de factores fundadores de riesgo. Cuando un conductor presta tan poca atención que ni siquiera se da cuenta del semáforo en rojo o de la curva, se le ha

primero de los autores mencionados enfoca la cuestión como un problema de conocimiento potencial de la antijuridicidad, “El delito culposo”, p. 468.

Otras referencias críticas pueden verse en CORCOY, *Delito imprudente*, p. 241.

⁵²⁴ Debe tenerse en cuenta además que en la versión inicial de su teoría, según la interpretación que de ella hace PAREDES CASTAÑÓN, para STRUENSEE el desvalor de resultado “solamente pueda considerarse relevante (atribuible a la conducta) cuando exista una “congruencia” entre las leyes causales objetivas y la conciencia del riesgo fácticamente existente en el sujeto actuante”, lo que implicaría, como destaca el autor de la crítica, que “un resultado de muerte solo sería imputable a la acción inicial del sujeto en el caso de que su conciencia acerca de las leyes causales coincidiera con las leyes causales objetivas”, *Riesgo permitido*, p. 397, nota 205.

⁵²⁵ Que admite en la imprudencia consciente, mas no en la inconsciente, ROXIN, *DP, PG, I*, p. 1022, aps. 66 y 67. En sentido similar ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed. p. 564.

⁵²⁶ “Según esta concepción la falta de imprudencia habría de deberse siempre al desconocimiento de factores de riesgo, o sea, ser un caso de error. Sin embargo, no es así. Quien actúa dentro de los límites del riesgo permitido resulta exento de responsabilidad penal no por ningún desconocimiento, sino únicamente porque no ha creado ningún peligro jurídicamente desaprobado”, ROXIN, *DP, PG, T.I.*, p. 1022, ap. 68.

de imputar como imprudentemente producido el daño ocasionado, pese a que precisamente no ha realizado conscientemente las circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo. Lo propio rige para los casos de simple olvido”⁵²⁷.

Vinculada esta cuestión a la ya planteada acerca de la existencia o no de un deber de prever, parece claro que el ordenamiento jurídico puede exigir a quien despliega una actuación de riesgo que esté atento a las implicaciones posibles o probables de su actuar a efectos de poder adoptar las medidas adecuadas de control o minimización del riesgo; por lo que la opción de la impunidad en estos casos devendría materialmente insatisfactoria, sin que quepa considerar que se transgreden los principios superiores del sistema, como el de culpabilidad, cuando se atribuye responsabilidad a quien estando en condiciones de hacerlo, no advirtió las implicaciones de su obrar infractor de un deber de cuidado.

Un sector importante de la doctrina se pronuncia sobre la posible impunidad de los casos de renuncia al conocimiento, que sería una consecuencia del modelo expuesto, considerándola con razón “absolutamente inaceptable(s)... tan solo... admisible(s) por quien sostenga una interpretación ontológica estricta de la ‘imputación subjetiva’ necesaria en todo juicio de desvalor”⁵²⁸.

b. La imprudencia y el desconocimiento de la normativa que determina la desaprobación jurídica del riesgo

También se ha asociado el concepto de imprudencia inconsciente al desconocimiento de la normativa cuya infracción permite considerar como desaprobado jurídicamente el riesgo derivado de la actuación. Frente a este planteamiento cabe señalar que parece justificado y razonable exigir a quien emprende la realización de una actuación de riesgo que indague por

⁵²⁷ ROXIN, DP, PG., T. I., p. 1022, ap. 68.

⁵²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 398.

Los supuestos de renuncia voluntaria a adquirir conocimientos, o de indiferencia, son objeto de discusión intensa en la doctrina reciente, que, en general, los considera fuentes de responsabilidad, incluso dolosa. En este sentido, BACIGALUPO, quien además señala que ésta es la postura del Tribunal Supremo Español a partir de la sentencia de 27 de diciembre de 1982, en el “caso Bultó”, “Comentario al art. 14”, pp. 90, 91.

las reglas que determinarán la valoración adecuada de éste, sin que ello comporte una carga que trascienda las exigencias del principio de responsabilidad subjetiva⁵²⁹.

Ahora bien. Por tratarse de un elemento de carácter normativo, debe resolverse el problema de si dicho conocimiento se integra al juicio de injusto o si hace parte del juicio de culpabilidad. Si se asume el riesgo como un elemento nuclear de la tipicidad, parece razonable que los factores atinentes a su valoración hagan parte de ésta.

Desde esa perspectiva y entendiendo de una manera amplia la imprudencia inconsciente, como aquélla en la que el sujeto que estaba en capacidad normativa de hacerlo no advierte los elementos del tipo objetivo, o algunos de ellos, la inadvertencia de los criterios que determinan la desvaloración jurídica del riesgo, permite afirmar que se está frente a un supuesto de imprudencia inconsciente, y a un problema de tipicidad.

c. La supuesta necesidad de conocimiento de la norma penal y de su vigencia

Finalmente, podría considerarse que hay imprudencia inconsciente cuando el sujeto desconoce la existencia de la norma penal de prohibición o de mandato⁵³⁰. Para la doctrina mayoritaria éste sería un supuesto de error de prohibición, que en general, se considera una causal de exclusión de la culpabilidad, y no de la tipicidad, donde la doctrina mayoritaria en la actualidad entiende que se adscribe la imprudencia.

⁵²⁹ En ocasiones la imprudencia inconsciente resulta más grave aun que la consciente, lo que justifica que el ordenamiento jurídico asocie consecuencias a quien dejó de observar las normas de las que se deriva el deber de cuidado, estando en condiciones de advertirlas: “Bajo el punto de vista de merecimiento de pena se demuestra, desde una perspectiva individualista, que la imprudencia inconsciente no es *per se* más insignificante que la imprudencia consciente. Por el contrario, la imprudencia inconsciente puede ser, como siempre se afirma, claramente más gravosa...”

En particular, no se puede equiparar jurídicamente la imprudencia al acto humano erróneo y prácticamente inevitable. En contra de la posición de Lekschas, toda imprudencia inconsciente no es equivalente a la desgracia humana y, distintamente a la opinión de Arthur Kaufmann, cada hombre imprudente inconsciente no ‘es un pobre diablo al que le sucede lo que a cada uno de nosotros nos puede suceder cotidianamente’”, JEROUSCHECK/KOCH, “Sobre la punición de la imprudencia inconsciente”, pp. 160, 161.

⁵³⁰ En relación con esta cuestión propone BUSTOS distinguir los casos de error propiamente, en los que faltaría el conocimiento de la norma, de los de falta de interiorización del valor protegido por ella; y en relación con estos últimos casos propone estructurar también una causal de no exigibilidad de otra conducta, *El delito culposos*, pp. 103, 104.

Sin embargo, más allá de la ubicación sistemática adecuada del problema, la cuestión a resolver es la de si puede imputársele responsabilidad penal a quien en el caso concreto no podía motivarse por la norma, por no conocerla efectivamente.

Y aquí cabe remitir a toda la discusión doctrinal acerca del carácter potencial que cabe exigir del conocimiento de la ilicitud, como una cuestión ajena a la imputación de dolo o imprudencia, pero asociada también al problema de la responsabilidad subjetiva⁵³¹. Los planteamientos sobre la punibilidad de los casos de error de prohibición vencible son asumidos aquí como correctos, lo que lleva a concluir que nada se opone a la posibilidad de sancionar estas situaciones, respecto a sujetos que hubieran podido advertir la ilicitud de su actuación.

d. Balance de la discusión

No parece justificado entender que el principio de responsabilidad subjetiva suponga la renuncia a intervenir en ámbitos en los que no se adopten las medidas adecuadas para neutralizar el riesgo debido a que el actor no desplegó la capacidad de previsión (de conocimiento) que el ordenamiento supone en quien interviene en determinados sectores de tráfico jurídico.

Si el sujeto tiene la capacidad de previsión que es objeto de determinación normativa, exigirle su ejercicio a efectos de salvaguardar los bienes jurídicos de terceros no contraría sus garantías penales fundamentales. Lo contrario, supondría el fomento de la incuria y de la despreocupación absoluta en la ejecución de actuaciones peligrosas, frente a sujetos en

⁵³¹ La cuestión de todas maneras no es pacífica. Ya WELZEL, justamente en su análisis de la imprudencia inconsciente, expresó la impertinencia de distinguir en el delito imprudente las categorías de injusto y de culpabilidad (“Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, pp. 114-116); sin embargo, parece más correcta la postura que reconoce también en la imprudencia la necesidad de un juicio de culpabilidad con contenido propio.

Sobre este tema, relacionándolo con la solución que se dé a la posesión de conocimientos especiales, STRATENWERTH, *DP, PG*, I, p. 430; sobre las particularidades del conocimiento de la prohibición y la inexigibilidad de otra conducta en el ámbito de la imprudencia, CUELLO CONTRERAS, *DP español, PG*, Vol. II, pp. 421, 422.

Escéptico sobre la posibilidad de resolver el problema del conocimiento eventual de la ilicitud en clave subjetiva, FELIP, *Error iuris*, p. 147; NIETO MARTÍN, por su parte alude a la duda como “sustrato psíquico” del error de prohibición vencible, *El conocimiento del derecho*, p. 233.

condiciones de advertir la situación y de adoptar los correctivos suficientes para evitar la afectación del bien jurídico.

El ordenamiento jurídico renuncia así a sancionar conductas que implican riesgos que, con la capacidad de previsión correspondiente a la situación concreta, normativamente establecida, su autor no podía advertir, por lo que no adoptó las medidas de control adecuadas a la situación; pero dispone sancionar comportamientos en los que el sujeto no percibió los riesgos asociados a su actuar como hubiera correspondido dentro de ese mismo ámbito, dejando por ello de adoptar las medidas de cuidado que imponía la situación.

Todo lo anterior conduce a pensar que el rechazo a la punición de la imprudencia inconsciente, tal y como hoy es concebida, se apoya en una comprensión del principio de responsabilidad subjetiva insatisfactorio desde el punto de vista político criminal, pues genera una desprotección injustificada de los bienes jurídicos respecto a sujetos que además estaban en condiciones adecuadas de recibir el mensaje normativo, y de actuar en consonancia con él.

Si en algún caso el sujeto no pudo percibir ni el contexto fáctico, ni las normas que imponían el deber de actuación, en virtud de un error invencible, el referido principio impone excluir la responsabilidad penal; pero, en tanto no sea esa la situación que se produzca, tiene sentido imputarle al agente los efectos de no advertir las implicaciones del contexto en el que actuaba y adoptar así las medidas con las cuáles neutralizar los riesgos de su actuación. Quien no esté en condiciones de hacerlo, deberá abstenerse de intervenir en esos espacios.

A continuación se debe indagar por el tratamiento a dispensar a los casos en los cuales el sujeto advierte los efectos posibles de su actuación, determinando si ello es suficiente para tornar en dolosa su responsabilidad.

2. La imprudencia consciente: la previsión de las consecuencias de la actuación

El sujeto que tiene la posibilidad de advertir las circunstancias en las que ha de producirse su actuación, así como el desarrollo del proceso de riesgo hasta la eventual ocurrencia del resultado, puede hacer un ejercicio efectivo de ella.

Tradicionalmente se ha entendido que en la imprudencia consciente el sujeto ejerce su capacidad de previsión, advirtiéndole la posible ocurrencia de una afectación del bien jurídico;

pero como ello también sucede en los casos de dolo, es necesario indagar por los efectos que se derivan para el injusto del conocimiento de la situación de riesgo y de la posible ocurrencia del resultado, lo que influye de manera decisiva en la responsabilidad penal del ciudadano.

Esta necesidad de diferenciar los efectos de la concurrencia de conocimiento sobre el proceso de riesgo es especialmente importante en la actualidad, al haberse reavivado, en la mayoría de ocasiones sobre bases normativas, los planteamientos de quienes entienden que el dolo no se estructura como lo sostienen las tesis más difundidas hasta hace algunos años, sobre el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, sino únicamente sobre el conocimiento, con la consiguiente renuncia al elemento volitivo.

Las propuestas de estructurar el dolo exclusivamente mediante el elemento cognitivo, además de obligar a razonar sobre la validez de dicha postura, exigen precisar también los elementos que permitan diferenciar los niveles de conocimiento propios del dolo y de la imprudencia consciente. A ello se dedican las líneas siguientes; a cuyo efecto se comienza por señalar las razones que justifican el tratamiento dispar que se da a los delitos dolosos y a los imprudentes con la convicción de encontrar allí una base adecuada de indagación.

a. Las razones del tratamiento diferenciado de los delitos dolosos e imprudentes

En la base de la indagación de las razones por las cuales el delito doloso recibe un tratamiento más severo que el imprudente, se halla la vinculación de las reglas de configuración del injusto con la misión del Derecho penal.

La asignación al Derecho penal de una función protectora de bienes jurídicos podría sugerir que el comportamiento que entraña una mayor peligrosidad para el bien jurídico es más grave, y esa mayor peligrosidad existe cuando la actuación es dirigida a la afectación del bien jurídico, y no cuando el riesgo se deriva de una ejecución descuidada del comportamiento; sin embargo, en el último tiempo han alcanzado gran difusión los planteamientos que vinculan la mayor gravedad del delito doloso a razones de otro tipo. En concreto, a la expresión de desobediencia al ordenamiento jurídico que ella implica⁵³² al

⁵³² Paradójicamente, sin embargo, éste es el planteamiento de autores que coinciden con la idea de un dolo avalorado. La afirmación de que a la actuación dolosa subyace una manifestación de desobediencia al ordenamiento jurídico, parece remitir a un concepto de dolo malo o valorado, y no a uno avalorado. Sobre la

transgredir las pautas de actuación que emanan de la norma, cuya validez como pauta de comportamiento en sociedad, negaría el autor⁵³³.

Estos planteamientos, desarrollados sobre todo a partir de las críticas al *dogma* del bien jurídico, son formulados por autores que minimizan la importancia de éste, o que, sin negarle toda importancia a la protección de tales bienes por el Derecho penal, entienden que ésta es apenas una más de las funciones que debe cumplir este sector del ordenamiento jurídico, entre otras a las que aquella no condiciona⁵³⁴.

relación entre dolo como elemento del injusto y teoría de las normas, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 460-462.

⁵³³ Así se ha dicho: “Para el Derecho penal la mayor vinculación del autor con el hecho valorado como injusto hace que el atentado contra la validez de la norma tenga una mayor entidad y, consecuentemente, se tenga que aplicar, en principio, la *ultima ratio* de forma más contundente para recuperar, la confianza en la norma que se ha visto perturbada. La decisión que es consciente del alcance de lo que está haciendo o de lo que va a realizar conmociona en mayor medida la paz jurídica y motiva medidas más radicales para la reparación del Derecho como modelo de conductas”, FEIJOO, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 311; también en *DP de la empresa e imputación objetiva*, p. 87.

RAGUÉS por su parte, manifiesta: “...la única interpretación teórica satisfactoria de tal realidad (-la de la imposición de mayor pena a los hechos dolosos que a los impudentes-) viene dada por la distinción entre *defectos volitivos* y *defectos cognitivos*, y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (*defecto volitivo*) e imprudentes (*defecto cognitivo*)”, *El dolo*, pp. 166-167

HASSEMER, “El autor de un delito doloso lesiona no solo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico”, “Los elementos característicos del dolo”, p. 917.

⁵³⁴ Así por ejemplo, FEIJOO: “El insistir demasiado en el aspecto tuitivo de bienes jurídicos por parte de las normas penales también puede conducir a no tener en cuenta el distinto significado o contenido valorativo y social de ambas modalidades de injusto”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 314.

DÍAZ PITA, a su vez, explica la mayor gravedad del comportamiento doloso a partir de la concurrencia de varios aspectos, a los que no es ajena la situación en que la actuación pone al bien jurídico: “La realidad particular del sujeto que comete un delito doloso queda patente en tres puntos: en primer lugar, su posición frente a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal; en segundo lugar, su relación con la norma infringida; y, en tercero, su relación con la sociedad de la que forma parte”, *El dolo eventual*, p. 302; una idea similar, en “Algunos aspectos sobre el dolo eventual”, p. 8.

Frente a estos planteamientos, parece viable insistir en que el cometido fundamental de protección de bienes jurídicos que tiene el Derecho penal permite sustentar la mayor gravedad del comportamiento doloso en función de su mayor peligrosidad para el bien jurídico, pues aunque objetivamente el riesgo de la actuación no dirigida a la lesión del bien jurídico sea susceptible de la formulación de un juicio de pronóstico muy alto desde la perspectiva de un observador objetivo, el direccionamiento del curso causal hacia la afectación del bien jurídico supone una exposición al riesgo más alta que la que se presenta cuando la actuación no se encamina hacia la producción del resultado; esta situación explicaría además, una mayor necesidad de prevención, y con ello, la de una pena más severa en las actuaciones dolosas que en las imprudentes.

A pesar de que en algún caso la peligrosidad de la actuación dolosa sea muy baja, como en el caso Thyren (cfr. nota 165), es cierto que como regla general el riesgo *ex ante* es mayor cuando se dirige el proceso de acción hacia la producción del resultado, que cuando la actuación es apenas imprudente.

Vinculado a lo anterior, las necesidades de disuasión mediante el uso de la pena serían mayores cuando la persona dirija su actuación a la afectación del bien jurídico. Frente a éstas, otras consideraciones podrían delimitar los contornos de la adecuada operancia del Derecho penal sin constituirse por ello en su fundamento o razón de ser.

En la misma línea de lo expresado, MIR PUIG afirma que en la actuación dirigida a la afectación del bien jurídico existe siempre un mayor compromiso para éste que en la conducta en la cual un error de ejecución es lo que genera el riesgo de ocurrencia del resultado⁵³⁵. Este argumento no resulta invalidado por la réplica de que el uso imprudente de mecanismos propios de la sociedad industrial genera una gran peligrosidad, pues por muy alta que sea la potencialidad lesiva de esos elementos (centrales nucleares, o fábricas de alta capacidad contaminante, por ejemplo), la comparación que permita valorar la peligrosidad de las

MUÑOZ CONDE vincula la punibilidad de la imprudencia y su gravedad no solo a la peligrosidad de la conducta sino al “menor grado de rebelión contra el Ordenamiento jurídico”, que ella refleja, “por más que los daños cuantitativamente puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente”, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 8 ed. p. 283.

⁵³⁵ MIR PUIG, “Función de la pena y teoría del delito”, p. 69. En sentido similar HASSEMER: “El peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente”, “Los elementos característicos del dolo”, p. 917.

actuaciones, debe hacerse no con el empleo doloso de mecanismos de limitada potencialidad lesiva, como un arma cortopunzante, o incluso un revólver, sino con el empleo doloso de esa misma fuente de riesgos: siempre es mayor la peligrosidad del empleo doloso de un revólver o de los productos contaminantes de una fábrica, que la utilización imprudente de uno y otros, respectivamente. Lo que no cabe hacer es una comparación entre la peligrosidad para la vida de los ciudadanos del empleo doloso de un revólver y el manejo descuidado de una central nuclear⁵³⁶, como parecieran hacer los críticos de esta idea.

Por supuesto, ese planteamiento se enmarca en un contexto en el que se asume que la intervención del Derecho penal está condicionada, necesaria aunque insuficientemente, por el compromiso de bienes jurídicos. Exigencias complementarias a la peligrosidad para el bien jurídico, limitarán el ejercicio del *ius puniendi* estatal frente al ciudadano.

Si la mayor gravedad del comportamiento doloso depende del alejamiento de la norma, difícilmente se podría defender un concepto de dolo avalorado como el empleado por la doctrina mayoritaria, o sostener, con otro sector de la doctrina, que el fundamento del injusto consiste en el alejamiento de las pautas de actuación prescritas por la norma, lo que tendría efectos directos sobre el dolo⁵³⁷.

El conferimiento entonces al Derecho penal de una función básicamente protectora de bienes jurídicos (complementada, eso sí, por otras funciones que la limitan) permite explicar la mayor gravedad del injusto doloso respecto al imprudente por la mayor peligrosidad de aquél para el bien jurídico, y la necesidad a efectos preventivos de enviar un mensaje disuasor de mayor entidad a quienes dirigen su actuación a la generación de riesgos desaprobados para el bien jurídico.

⁵³⁶ En contra de toda esta línea argumental, JAKOBS, “A las explicaciones usuales psicologicistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien en el dolo) les falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho penal. La afirmación próxima, que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: También el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad”, *DP, PG*, 2 ed., p. 312, ap.5.

⁵³⁷ El reconocimiento de la doble posición del dolo como elemento a la vez del injusto y de la culpabilidad se torna una necesidad para estas teorías, pero con ello no logran superar el problema de tener que incorporar al dolo el conocimiento de estar infringiendo la norma de comportamiento.

b. Los distintos niveles de conocimiento en el dolo y en la imprudencia

De lo anterior se desprende que es más peligrosa e implica mayores necesidades de prevención la conducta dirigida por el sujeto a la afectación del bien jurídico, lo que por supuesto implica conocimiento de la situación; y a la vez, ello impone indagar cómo incide en la imputación de dolo o imprudencia, el nivel de previsión o conocimiento del sujeto activo sobre los efectos de la actuación.

El nivel de conocimiento y de representación del sujeto depende de varios factores, los mismos que condicionan su entidad. Así, una persona puede prever que el curso de su actuación acarreará la producción del resultado, permitiendo que el proceso de riesgo se desarrolle en las condiciones que le posibilitan arribar a dicha conclusión (sin neutralizarlas, ni modificarlas); o es posible que el conocimiento del sujeto sobre la situación de riesgo, le permita suponer que las condiciones que podrían conducir al resultado están controladas, de manera que éste no habrá de producirse. Esta convicción podría obedecer a un error de cálculo, originado, por ejemplo, por una inadecuada apreciación sobre el desarrollo del proceso de riesgo, o sobre la eficacia de las medidas adoptadas para la neutralización *ex post* de éste⁵³⁸.

El grado o nivel del conocimiento ha alcanzado una gran aceptación en la doctrina como factor diferenciador de dolo e imprudencia. En consonancia con ello, se afirma que en la imprudencia consciente el sujeto advierte la peligrosidad abstracta de la actuación, por lo que: “mediante una evaluación racional -aunque equivocada- ..., desech(a) esa posibilidad (-la de desencadenar el riesgo-) basándose en un conocimiento experimental que le ofrece bases “creíbles” para esperar una buena salida”⁵³⁹, mientras que en el dolo existe conocimiento

⁵³⁸ Sobre este criterio, relacionado con la propuesta de Armin KAUFMANN de caracterización del dolo eventual, manifiesta ZUGALDÍA que puede tener un valor muy importante, aunque apenas indicativo, y que “no puede ser utilizado “a la inversa” para afirmar el dolo eventual allí donde -ante la posible realización del tipo- el autor “no haga nada por evitarlo””. Y justifica su afirmación al señalar que “puede darse el caso de que el autor no haya hecho absolutamente nada para evitar la realización del tipo y, pese a todo, no se conforme con la misma, estimando erróneamente innecesaria la adopción de precauciones específicas”, “La demarcación entre el dolo y la culpa”, pp. 419-420.

⁵³⁹ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 289-290; BACIGALUPO, “Comentario al art. 12”, p 86.

En sentido similar, destacando que son distintos los niveles de conocimiento que permiten diferenciar el dolo de la imprudencia manifiesta FEIJOO: “una vez constatado el tipo objetivo (se constata *ex post* que una persona ha

sobre la peligrosidad concreta entendida como “la representación de un riesgo concreto, inmediato, para un objeto de tutela específico, cuya integridad se ve directamente amenazada por la acción”⁵⁴⁰.

La peligrosidad abstracta está referida a la capacidad de una actuación como la desplegada por el actor para afectar el bien jurídico; en tanto que la peligrosidad concreta alude a una probabilidad (es decir, una posibilidad cuantitativamente apreciable) de afectación del bien jurídico con el comportamiento realizado, en el caso concreto.

Sin embargo, una diferenciación entre dolo e imprudencia basada en el grado de conocimiento sobre la peligrosidad de la actuación exige precisiones.

Para empezar, no debe perderse de vista que el dolo tiene por objeto de referencia todo el tipo objetivo, y no solo el desarrollo del proceso de riesgo y la probable causación del resultado, por lo que todo aquél deberá ser objeto de la representación del autor.

Ahora bien, si como objeto de conocimiento se alude a la causación del resultado en los tipos que así lo exijan, debe tenerse en cuenta que habrá situaciones de inminente afectación del bien jurídico que el sujeto no advierta como tales por la concurrencia de

creado el riesgo o no ha evitado como garante el riesgo que se ha realizado en el resultado), lo decisivo no es si el autor se ha representado el resultado como probable, posible o no improbable (el problema del “grado de tendencia” presente en la discusión sobre el injusto presente en los primeros planteamientos de la “teoría de la adecuación”), sino si ha conocido la peligrosidad abstracta de su actuación lo que le *obligaba* directamente a no realizar ese hecho (si no está justificado). La distinta naturaleza del peligro conocido por el autor tiene relevancia para una modalidad u otra de norma y, por tanto, de injusto (de delito)”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 341.

También en dicha línea de análisis, señala RAGUÉS: “La atribución de aptitud lesiva es un juicio que el sujeto tiene que llevar a cabo en referencia a su concreto comportamiento. Por ello no basta con que dicho sujeto sepa que, con carácter general, determinadas conductas son aptas para producir ciertos resultados, sino que tiene que ser consciente de que tal aptitud concurre en su específica situación, pues solo de este modo es posible afirmar que el sujeto no ha fracasado en su planificación. En este ámbito es donde el fenómeno de la confianza desempeña su papel básico: dicha confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere; por contra, la confianza no tiene ningún valor a efectos de exclusión del dolo cuando, pese a esperar o desear que el tipo no se realice, el sujeto siga juzgando que su conducta es concretamente apta para realizarlo”. *El dolo y su prueba*, pp. 167, 168.

⁵⁴⁰ LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 289.

factores que le permitan concluir que aquélla no se va a producir. Todo evidencia y sugiere que éste es un problema de conocimiento.

La errada percepción respecto a la ocurrencia del resultado en virtud del proceso de riesgo que se despliega no desvirtúa el carácter imprudente de la actuación⁵⁴¹. Esta solución, implica asumir que el dolo se configura a partir de las representaciones del sujeto, y no de la forma como externamente se le atribuya el conocimiento de una situación de riesgo⁵⁴².

El juicio del autor acerca de que el resultado no tendrá lugar, es decir, su convicción al respecto, apoyada en motivos racionales sobre las propias capacidades de evitación, o sobre el desarrollo del proceso de riesgo hacia un objetivo distinto del resultado típico, es propia de la imprudencia; que así las cosas, coincide con un error de tipo sobre el desarrollo del proceso de riesgo.

Las razones por las cuales confiar en que el resultado no ha de producirse, son susceptibles de límites normativos. A ello apunta la alusión a que existan argumentos racionales respecto a la no ocurrencia del resultado; por ende, cuando la confianza en la no producción del resultado, de quien ha advertido la capacidad de afectación del bien jurídico

⁵⁴¹ La defensa de las teorías cognitivas del dolo podría conducir a reivindicar la existencia de dolo siempre que se conozca la peligrosidad de la conducta; y siendo ese conocimiento común al dolo y a la imprudencia consciente ello llevaría, como sucede con BACIGALUPO, a limitar los eventos de imprudencia únicamente a la imprudencia inconsciente: “no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia; solo habrá culpa inconsciente, dado que, cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual”. Esta conclusión, sin embargo, implica limitar el objeto del dolo a la peligrosidad del comportamiento, desvinculándolo de la posible ocurrencia del resultado, y con ello, del tipo objetivo en su conjunto. Y justamente es eso lo que a continuación de lo transcrito manifiesta este mismo autor: “si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción se dará *dolo eventual*; si, por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta, *habrá imprudencia* cuando hubiera podido conocer el peligro”, “Comentario al art. 12”, p. 86.

Este autor añade, consecuente con lo anterior, que “La jurisprudencia se orienta hacia la aceptación de una concepción de la imprudencia según la cual ésta se debe apreciar en los casos en los que el autor *no conoció el peligro concreto de realización del tipo creado por su acción*, dado que en los casos en que el agente tuvo ese conocimiento ha estimado, por regla, la existencia de dolo”, p. 87, cursivas en el original.

⁵⁴² Postura esta última, asumida por autores como RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, Tercera parte. Sobre las tendencias a la objetivación del dolo, SCHÜNEMANN “De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo”, *passim*

mediante el riesgo generado, se funda en motivos carentes de razonabilidad intersubjetiva, del tipo de supersticiones, hay lugar a imputar dolo⁵⁴³; pues a quien ha advertido la magnitud del riesgo y su dirección hacia el resultado, el ordenamiento jurídico le impone obrar según las reglas válidas de relación intersubjetiva, y no según otras, que carecen por completo de capacidad para ordenar la convivencia en sociedad⁵⁴⁴ (que eventualmente podrían resultar relevantes en el juicio de culpabilidad).

La consideración de la imprudencia como un supuesto de error de tipo (vencible) de quien se ha representado la situación de riesgo genérica o abstracta, sin advertir por ello que el proceso causal iba a desencadenar el resultado, goza de gran aceptación en la doctrina⁵⁴⁵.

Lo anterior significa que el conocimiento de la peligrosidad concreta de la actuación no determina por sí sola la existencia de dolo, pues ese conocimiento concurre también en la imprudencia, cuando el sujeto supone estar todavía en condiciones de controlar la

⁵⁴³ En este sentido, LUZÓN PEÑA, quien considera válida la exigencia de un elemento volitivo en el dolo, también en el dolo eventual, en el que adoptaría la forma de “aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho, pero que mediante una valoración objetivo-normativa se puede restringir lo que se entiende por aceptación/no aceptación. La restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho -...-, sino que la aceptación o consentimiento solo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, p. 139.

⁵⁴⁴ MIR considera válida esta apreciación pero solo como principio general, pues considera que el sujeto podría demostrar su absoluta convicción, de que el resultado típico no se produciría, incluso sobre una base irracional: “Esta discrepancia entre la conciencia del peligro estadístico objetivo y la confianza en un desenlace feliz en el caso concreto se debe con frecuencia a una ligereza más o menos irracional. Cuanto menos racional sea la base objetiva de la confianza, menos elementos de prueba tendrá el juez. En los casos de falta de toda base objetiva, el juez habrá de partir de la afirmación del dolo eventual. Pero esta consideración práctica no puede excluir absolutamente la posibilidad, siquiera excepcional, de que pueda llegarse a probar el absoluto convencimiento irracional del sujeto de que no va a producir el resultado típico”, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, p. 32.

⁵⁴⁵ Así por ejemplo, FEJOO, “el autor imprudente solo deja de evitar una conducta que puede dar lugar al hecho típico si se dan una serie de circunstancias que el autor no conoce pero con las que debería haber tenido cuidado o un mayor cuidado (norma de conducta que caracteriza al delito imprudente)”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 305; BACIGALUPO, “Comentario al art. 12”: “-como lo sostiene una pujante tendencia en la dogmática actual- la imprudencia es básicamente un supuesto de error de tipo”, p. 83.

En contra de esta caracterización, GIL GIL, para quien esta caracterización afectaría la configuración del ilícito en función de la transgresión de normas objetivas de determinación, *El delito imprudente*, pp. 137-139.

peligrosidad concreta de la actuación. El conocimiento que caracteriza el dolo es el de una peligrosidad calificada que el sujeto advierte orientada a la afectación del bien jurídico o liberada de control, sin que existan elementos que le permitan suponer racionalmente que dicha afectación no se va a producir.

Si por alguna circunstancia razonable el sujeto excluyó el resultado de su previsión sobre el desarrollo del proceso de riesgo, por entender que éste no era capaz de generar el resultado finalmente producido, o que las medidas a adoptar por él eran suficientes o eficaces para mantener el riesgo bajo control, se le imputará imprudencia. Incluso aunque advirtiera el riesgo como cuantitativamente apreciable.

La razonabilidad de la confianza en que el resultado no tendrá lugar, puede basarse en consideraciones diversas, por ejemplo, en la adopción de medidas que se estiman eficaces para neutralizar el riesgo, bien porque se hayan empleado con éxito en otros casos o bien porque *ex ante*, aun sin haber sido usadas con anterioridad, parecieran adecuadas para evitar el resultado⁵⁴⁶; o simplemente en la apreciación inadecuada sobre el desarrollo del proceso de riesgo⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Asume este planteamiento, Arm. KAUFMANN, “El dolo eventual”, pp. 47 y ss. Sobre esta teoría y las críticas que se le pueden formular, POSADA MAYA, “El dolo en el CP de 2000”, pp. 27, 28.

DÍAZ PITA considera el riesgo y la capacidad de evitación como simples indicadores del dolo, “El dolo eventual”, pp. 311 y ss.; y RAGUÉS I VALLÉS propone también una serie, mucho más amplia, de criterios indicadores del conocimiento que según él fundamentan el dolo, *El dolo y su prueba*, pp. 357 y ss.

CORCOY, por su parte, considera posible la diferenciación entre dolo e imprudencia porque en la última es constatable siempre la existencia de un error el cual podría recaer: a) sobre la capacidad del autor respecto a su posibilidad de evitar el resultado, en los casos en que mantiene un control sobre el curso causal; o b) sobre el conocimiento de la real peligrosidad de la conducta en los casos en que el autor no mantiene dicho control. “En el límite entre dolo e imprudencia”, p. 971.

⁵⁴⁷ En este sentido, LUZÓN PEÑA, para quien: “Esa confianza con un mínimo fundamento objetivo requerirá, o que haya ya bastantes posibilidades objetivas, conocidas por el sujeto, de no realización del hecho, o que pese a la peligrosidad pueda hacer algo para intentar evitar tal producción. Pero si se trata de una mera esperanza irracional en la buena suerte, sin saber si hay pocas o muchas posibilidades, más o menos controladas o incontrolables (...) o sin poder influir -él o terceros- algo para intentar contrarrestar la peligrosidad y evitar la producción del hecho (...), entonces objetivamente no se confía, porque no es posible confiar con algo de base, en que no se realice el hecho”, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, p. 141.

3. El contar con que el resultado no se produzca como un elemento diferenciador del dolo y la imprudencia

Con frecuencia se busca el elemento diferenciador entre dolo e imprudencia a partir de fórmulas como la de “contar” con que el resultado no se produzca, o la de “confiar” en su evitación⁵⁴⁸, a las que desde la óptica de la imprudencia se les presenta como manifestaciones de una voluntad contraria al resultado, que neutralizaría la voluntad de ocurrencia del mismo, que caracterizaría el dolo.

Más adelante se hará alusión específica al elemento volitivo. De todas maneras, como a los conceptos acabados de mencionar se les suele referir en relación con el elemento “voluntad”, para empezar cabe señalar que la naturaleza volitiva de estos componentes es discutible. El “contar con” o el “confiar en”, podrían explicarse más que como elementos dependientes de la voluntad de realización del hecho, como elementos relacionados con el cálculo efectuado por el sujeto que ha aprehendido el sentido de su actuación, respecto a lo que pudieran ser los efectos de la misma. Y ese error de cálculo tiene una explicación más satisfactoria desde la óptica de lo cognitivo, que desde la de lo volitivo.

Pero con independencia de que esos elementos constituyan manifestación de la voluntad o del conocimiento, lo que en el fondo se pretende con estos conceptos, es fundamentar el dolo a partir de la representación del sujeto respecto a la ocurrencia del resultado; la cual puede explicarse como una manifestación del conocimiento insuficiente o inadecuado de la situación de riesgo, que, a su vez, se puede asentar sobre situaciones externas que expliquen la ocurrencia del error del sujeto, por ejemplo, por la adopción de medidas de control del riesgo, que resultaron insuficientes o inadecuadas.

⁵⁴⁸ RAGUÉS habla de las teorías del “consenso divergente”, para agrupar los planteamientos que durante muchos años han intentado diferenciar dolo e imprudencia a partir de elementos subjetivos en cuya distinción solo se aprecia el uso de terminologías diversas que se refieren a realidades similares. Aunque este autor critica conceptos como la conformidad, aceptación, resignación o aprobación en sentido jurídico, calificándolas de fórmulas vacías de contenido, afirma que lo que con ellas pretende resaltarse, se puede destacar igual si se les entiende como criterios de selección del nivel de conocimientos relevante para la imputación de dolo: “la exigencia de elementos adicionales a la representación del sujeto por buena parte de los autores que se inscriben en el *consenso divergente* no va más allá de lo meramente terminológico: *el saldo final de representación con que actúa dicho sujeto es el criterio que en realidad permite afirmar si en un supuesto concurre o no dolo*”. *El dolo y su prueba*, pp. 157 y ss; la cita es de las pp. 161 y 162, la cursiva en el texto original.

La no representación de la ocurrencia del resultado, debida, por ejemplo, a un error sobre la propia capacidad de evitación, como ya se señaló, permite calificar el comportamiento como imprudente y no como doloso. Sin embargo, también quien actúa en esa situación, aunque no se haya representado el resultado, habrá tenido algún grado de representación del proceso de riesgo.

Esta inadecuada representación de los efectos del propio comportamiento puede explicar entonces que en determinada circunstancia el sujeto no contara con el resultado, o confiara en su no ocurrencia; pero ello se explica más a partir de defectos cognitivos, que como rechazos volitivos del resultado, lo cual permite entender que la diferencia entre dolo e imprudencia depende sobre todo del elemento cognitivo, constituyendo la voluntad un indicio apenas del conocimiento del autor.

4. La desatención de las implicaciones de la propia actuación

Con frecuencia se les critica a las teorías que exigen una determinada adjetivación del conocimiento como requisito para la atribución de dolo o imprudencia, demandar la prueba de algo que en muchos casos no ha existido; ello sucedería en los casos en los cuales el sujeto, más allá del conocimiento de la peligrosidad de la actuación, nada se representa respecto a la ocurrencia o no del resultado; o se desentiende por completo de las implicaciones, inclusive en abstracto, de su actuar⁵⁴⁹.

En este caso si no se logra demostrar que el sujeto advirtió que estaba generando un riesgo que superaba la peligrosidad abstracta de la actuación, que era desaprobado, y que iba dirigido a la afectación del bien jurídico, solo podrá imputársele imprudencia; la imputación de dolo implica siempre la prueba de que el sujeto tenía conocimiento de la concreta

⁵⁴⁹ Esta última hipótesis coincide con lo que se ha denominado ceguera ante los hechos, y se vincula al problema recién planteado de la indiferencia frente a los hechos. Sobre esta cuestión, JAKOBS, *DP, PG*, 2 ed., pp. 313-314, ap. 5a; SÁNCHEZ VERA, *Atribuciones normativistas en DP*, pp. 67 y ss, quienes abogan por tratar estos supuestos como dolosos. En la misma línea, Ragués para los casos en que el sujeto sospecha que está desplegando una conducta potencialmente lesiva para algún interés ajeno y prefiere seguir actuado “como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades”, *La ignorancia deliberada en Dp*, pp. 192, 193.

En favor de tratar esos casos como hipótesis culposas, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP, PG*, 2 ed., p. 565. Muy crítico con dicha categoría y en defensa de un concepto de dolo de base ontológica, STRUENSEE “El ontologismo en los normativistas”, pp. 230 y ss.

peligrosidad de la actuación, de su dirección hacia la afectación del bien, y de que, pese a ello, decidió seguir adelante con la ejecución.

5. Los argumentos referentes a la voluntad como elemento del tipo subjetivo

La tradicional caracterización del dolo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, obliga también a indagar si determinadas exigencias político-criminales sugieren reconocer a la voluntad o a otros elementos subjetivos un carácter constitutivo del dolo. Las líneas siguientes se dedican al análisis del papel de la voluntad en la configuración del dolo, cuestión que niegan las teorías cognitivas.

Un primer dato relevante para el análisis, implica reconocer que a medida que se pasa del dolo directo de primero al de segundo grado y al eventual, el contenido de la voluntad va haciéndose más difuso⁵⁵⁰, tanto como para apenas ni poderse constatar en la última de las modalidades mencionadas. Esas dificultades para reconocer el elemento volitivo tampoco pueden descartarse en el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias⁵⁵¹.

En la discusión sobre la naturaleza del dolo eventual y sus diferencias con la imprudencia consciente, las teorías no cognitivistas plantean que en el dolo eventual la voluntad se manifiesta como aceptación por parte del sujeto de la ocurrencia del resultado típico; sin embargo, la referencia ineludible que el tipo objetivo constituye para el tipo subjetivo, obliga a indagar por la necesidad o no de una voluntad de realización de todo el

⁵⁵⁰ En desarrollo de las teorías estrictamente cognitivas se entiende que la diferenciación entre las tres modalidades de dolo está en función de la admisión del elemento voluntad; de manera que suprimido éste de la caracterización del dolo, desaparecería también esa clasificación. Así por ejemplo, BACIGALUPO: “La teoría de las formas del dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en la que todas las “formas de dolo” tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo”, “Comentario al art. 14”, pp. 94, 95.

Sin embargo, si no se acepta que la diferenciación entre peligrosidad concreta y abstracta resulte suficiente para distinguir a su vez el dolo de la imprudencia, habrá de entenderse también que en función del grado de conocimiento puede haber formas diversas de dolo.

⁵⁵¹ Así por ejemplo, GIMBERNAT, “Acerca del dolo eventual”, p 256.

tipo objetivo. Esta situación genera dificultades para admitir la voluntad de realización como elemento constitutivo del dolo⁵⁵².

Los autores que niegan un componente de voluntad en el dolo eventual optan por una de dos vías: o bien por negarle carácter doloso a aquellos comportamientos en los que no concurre una voluntad cierta de causar el resultado, o bien por renunciar a la exigencia de un componente de voluntad en esta forma de dolo.

En la línea de fundamentar en la finalidad protectora de bienes jurídicos del derecho penal la razón de ser de la mayor gravedad del comportamiento doloso, SOTOMAYOR y GALLEGU reivindican el elemento voluntad como constitutivo del dolo, lo que les lleva a afirmar que, justamente por ausencia de voluntad, el denominado dolo eventual es en realidad una forma agravada de imprudencia. Y señalan así:

“A un derecho penal protector de bienes jurídicos solo le pueden interesar entonces dos clases de comportamientos: aquellos dirigidos a la afección del bien jurídico, que reciben conceptualmente el nombre de actos dolosos, y aquellos otros cuya realización implica la creación de un riesgo no permitido para los bienes jurídicos y por eso exigen un determinado cuidado, que son los denominados como culposos”.

Y continúan:

“Estos hechos dolosos y culposos no revisten la misma gravedad, puesto que, como señala HASSEMER, el peligro para los bienes jurídico-penales derivado del que comete un delito doloso debe considerarse mayor que aquel que procede del sujeto que comete

⁵⁵² Como parte de esas dificultades, algún sector de la doctrina alude a la voluntad debe entenderse como encaminada a la realización de la acción. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ para quien: “la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”, *Aproximación*, p. 401.

Recientemente reivindica un elemento volitivo de carácter normativo en el dolo CARBONELL MATEU, para quien este elemento tendría ese mismo sentido de voluntad de acción: “La concepción del dolo como compromiso supone mantener la necesidad de conocimiento, de saber, pero también de un grado de voluntad: la intención que puede entenderse como un querer, no naturalístico sino normativo: implica un compromiso con el significado y, por tanto, una decisión de actuar”, “Sobre tipicidad e imputación”, p. 151.

un delito imprudente, en razón de la valoración de la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho. Valoración que no parece que pueda provenir de nada diferente al elemento volitivo mismo, pero no entendido como simple “decisión” en contra del bien jurídico -pues despojada de cualquier contenido psicológico la voluntad no alcanza a constituir ni siquiera una resolución-, sino como una voluntad de realización y en tal sentido como un poder conformador de la realidad. El hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad -y no su “intención” o “mal ánimo”- convierte a la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ende más grave que la acción imprudente”⁵⁵³.

Este intento de reivindicación del elemento volitivo del dolo presenta dificultades: la principal es que el conocimiento de la posibilidad de que el propio comportamiento dé lugar a la ocurrencia del resultado, confiere al sujeto una capacidad de configuración de la realidad suficiente para obligarlo a introducir los correctivos necesarios para neutralizar la peligrosidad de su actuación. Esa capacidad de configuración no depende de tendencias anímicas orientadas hacia la realización o no del tipo objetivo.

Además, no es claro que el deseo del sujeto de que ocurra el resultado incremente la peligrosidad del comportamiento de quien ya ha advertido cognitivamente la eficacia de lo que está haciendo para la realización del resultado, y permite que el proceso de riesgo siga desarrollándose.

Es discutible también que el poder de configuración de la realidad con la propia actividad dependa de que el sujeto quiera la producción del resultado típico, entendido ese querer como un proceso de aproximación *afectiva* o aceptación de ese resultado. Esa capacidad de configurar la realidad, por el contrario, puede existir aun cuando no se quiera el

⁵⁵³ SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual en el CP colombiano”, pp. 16, 17.

Coinciden así en los resultados con una opinión expresada entre otros por RODRÍGUEZ MUÑOZ, “No hay por tanto, dificultad alguna; antes bien, puede afirmarse que en nuestro Derecho lo que procede es la inclusión de los casos de *dolus eventualis*, en la “imprudencia temeraria” del párrafo primero del artículo 565”, Notas a MEZGER, *Tratado*, 3 ed. de la trad de la 2 ed. alemana, vol II, ps. 181-182; y por BUSTOS RAMÍREZ: “En definitiva el dolo eventual es culpa. Pero con un agregado, es un comportamiento culposo con un elemento subjetivo agravatorio del injusto”, “Política criminal y dolo eventual”, p. 324; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, pp. 310, 311; debiéndose precisar que BUSTOS se expresa contrario a la teoría del consentimiento, manifestando compartir los planteamientos de ROXIN de caracterizar el dolo como decisión contra el bien jurídico.

resultado: a quien percibe la situación de riesgo que su actuación está generando para el bien jurídico, y pese a ello decide seguir adelante con la ejecución, puede imputársele el haber configurado el resultado concreto⁵⁵⁴, y tener voluntad de realización, aunque no lo quisiera, o no le reportara utilidad, gusto, o satisfacción alguna.

Tienen razón entonces, quienes sostienen que el que advierte la inminencia del resultado como consecuencia del riesgo antijurídico que genera con su actuación, y decide seguir realizándola en las mismas condiciones, actúa con dolo: el conocimiento de lo que está pasando y la opción de seguir adelante en esas condiciones materializa lo que los defensores de la voluntad de realización del resultado pretenden significar con este concepto.

La voluntad de causar el resultado sería entonces, en el mejor de los casos, un componente añadido a algunas de las modalidades de dolo (un *plus*)⁵⁵⁵ irrelevante como regla general, en la diferenciación entre dolo e imprudencia, salvo que la correspondiente estructura típica de la parte especial, exija intencionalidad, o algún otro elemento susceptible de identificarse con la voluntad de alcanzar el resultado⁵⁵⁶.

Además de las dificultades para explicar su concurrencia en el dolo eventual, existen otros argumentos que permiten cuestionar que la voluntad sea un elemento constitutivo del dolo, como la inexistencia de causales que excluyan este elemento relacionadas con la falta de voluntad, como sí lo hace el error respecto al conocimiento.

⁵⁵⁴ Como por ejemplo propone LUZÓN PEÑA para estructurar la autoría en materia de imprudencia, señalando que la autoría de quien obra sin dolo la define la determinación objetiva del hecho. Al respecto, *infra* III,A.3,e.

La vía argumental de destacar el aspecto objetivo con factor fundamental que condiciona la posible apreciación de los elementos de ánimo es propuesta por BUSTOS, aunque con la finalidad de definir la naturaleza del dolo eventual: “*Si desaparece ese riesgo excesivo desaparece el dolo eventual, por mucho que haya una actitud anímica de “contar con” o una posición anímica de “decisión contra”*”. Tales aspectos subjetivos solo cobran relieve en la medida de la existencia material objetiva del riesgo excesivo, allí está la materia fundamental constitutiva del injusto, porque justamente proviene del criterio político criminal que se ha tenido en cuenta para proteger los bienes jurídicos”, “Política criminal y dolo eventual”, pp. 324 y 325, cursiva en el texto.

⁵⁵⁵ En este sentido, en la línea de los argumentos antes referidos, DÍAZ PITA, *Dolo eventual*, p. 41; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, ps. 181 y ss.

⁵⁵⁶ En este sentido FEIJOO: “Lo que el sujeto intente, quiera, o persiga solo cobra relevancia cuando es expresamente exigido por un tipo de la parte especial”, “La distinción entre dolo e imprudencia”, p. 280.

6. Conclusión

De todo lo expresado se concluye que a la pregunta por la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente debe darse una respuesta negativa si con ella se indaga por un elemento con caracteres comunes a los del tipo subjetivo en el delito doloso: la imputación de imprudencia en los casos de culpa inconsciente se asienta sobre una base normativa asociada no a lo que se haya previsto, sino a lo que hubiera podido preverse, para, de acuerdo con ello, ordenar el proyecto de actuación.

Sin embargo, existe una modalidad de imprudencia, la consciente, en la que el sujeto sí ha hecho un ejercicio efectivo de la capacidad de previsión, pero de manera errónea, pues mediante un cálculo equivocado del desarrollo e implicaciones del proceso de riesgo que el sujeto mismo desplegaba no advirtió que su actuación habría de lesionar el bien jurídico tutelado.

Tampoco en estos casos el eventual tipo subjetivo tendría una estructura similar a la del delito doloso, pues mientras que el dolo supone ejercicio efectivo de la capacidad de previsión, y la consiguiente representación acerca del desarrollo del evento; el ámbito de la representación en la imprudencia se relaciona básicamente con una inadecuada apreciación de los hechos y de su desarrollo.

Finalmente, en lo que al papel de la voluntad respecta, debe tenerse en cuenta que ésta se ha entendido como elemento de algunas modalidades del dolo, pero no de la imprudencia, lo que relevaría de su análisis a los propósitos de lo que en este momento incumbe; pero más allá de ello, no se puede perder de vista que, incluso en el dolo, la función que tradicionalmente se le ha conferido a este elemento, constituye una manifestación del conocimiento.

7. El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia sobre responsabilidad médica

En los escasos pronunciamientos de la jurisprudencia del TS sobre la materia, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria cabe destacar una tendencia a atribuir a título de imprudencia los hechos realizados en el ejercicio de la medicina; inclusive en los casos en los que se pudiera advertir con toda claridad la decisión del sujeto en contra del bien jurídico; como por ejemplo, en la STS citada ya varias veces de 10 de marzo de 1959 (Mg. DÍAZ PLA),

de amputación del pene de un paciente ante la supuesta sospecha de padecimiento de cáncer sin la realización de ninguna prueba para constatar dicha patología. Este caso tiene en común con los de error sobre el consentimiento del paciente, que en ellos se ha descartado la existencia de dolo por la consideración errónea del sujeto activo respecto a la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad, dando ello lugar a la imputación de imprudencia (así, las SsTS de 26 de octubre de 1995 y de 1 de febrero de 2002, ambas con ponencia del Mg. PUERTA); solución que en relación con el consentimiento sería pacífica, y que en relación con la suposición de un estado de necesidad supondría asumir la teoría limitada de la culpabilidad⁵⁵⁷.

En alguna STS, concretamente una de 15 de octubre de 2002, Mg. ABAD, se planteó dentro del recurso de la acusación particular que las procesadas habían actuado con dolo. En el caso se procesaba a una matrona y a una auxiliar de enfermería porque esta última al aplicar un enema rectal a una gestante confundió los envases, introduciendo alcohol por el recto, confusión propiciada porque como en el ya citado caso Armil (STS de 18 de octubre de 1982, Mg. CASTRO P., citada con más detalle en la nota 685) en el centro hospitalario se guardaban productos en envases de otras sustancias. Las procesadas advirtieron la situación tan pronto se presentó, y la matrona aplicó un nuevo enema de suero fisiológico, que era un tratamiento adecuado para lo sucedido, pero guardaron silencio durante siete días a lo largo de los cuales la paciente presentó un cuadro diarreico, por el cual debió ser rehospitalizada al séptimo día con un cuadro de colitis aguda que obligó a intervenirla quirúrgicamente. La recurrente imputaba dolo a las procesadas por no haber revelado de manera oportuna lo sucedido, lo que habría derivado en una agravación de su cuadro. La sentencia descarta el dolo en la matrona por la conducta asumida tras la ocurrencia del incidente, y por el hecho de reportar a sus

⁵⁵⁷ Es claramente perceptible la renuencia jurisprudencial a imputar dolo en el caso de homicidio o lesiones derivadas del ejercicio de la profesión médica, reflejando un planteamiento en que el dolo no depende en realidad de conocimiento y voluntad sino de la intencionalidad, que se asume socialmente positiva, con la que se ejecutaría el acto médico. BENÍTEZ ORTÚZAR lo sintetiza así: “es unánime la opinión acerca de la imposibilidad de calificar como homicidio doloso o como lesiones dolosas por dolo directo los resultados ocasionados mediante la actividad médico-quirúrgica con finalidad curativa aún (sic) cuando el profesional actúe violando las reglas más elementales de la “lex artis” de la medicina, en tanto que la finalidad de curar es incompatible con la finalidad directa de matar o lesionar al paciente”, “El dolo en la actividad sanitaria”, pp. 123, y 124.

En la indagación por casos de posible actuación dolosa este autor se limita al análisis de los de esterilización mediante ligaduras de trompas, sin autorización de las pacientes mujeres, durante la realización de procedimientos desplegados con objetivos distintos (p. 125).

superiores lo sucedido tras el reingreso de la paciente, “lo que evidencia la falta de aceptación del resultado” pareciendo radicar así la ausencia de dolo en la falta de elemento volitivo.

Y en lo que a la auxiliar de enfermería respecta, la falta de dolo se sustentó en su carecía de “conocimientos teóricos sobre los efectos de los tóxicos” y en haber informado del hecho a la matrona una vez que los hechos se presentaron, exigiendo así la representación no solo de la peligrosidad de la actuación desplegada, sino también de la ocurrencia de unos efectos adversos en virtud del obrar imprudente, derivada en este caso de la insuficiencia de las medidas de minimización o de neutralización del riesgo adoptadas.

Finalmente existen casos como el conocido como Maeso de 27 de febrero de 2009, Mg. ANDRÉS, en el que la generación de alto riesgo de contagio de la Hepatitis B a pacientes tratados por un anestesiólogo afectado por dicha enfermedad, que usaba con ellos las mismas jeringas con las que se inyectaba sustancias alucinógenas, que hubieran permitido plantear la existencia de dolo al menos eventual de lesionar en el transcurso de la actuación médica; sin embargo, la sentencia no efectúa dicho análisis, seguramente por las limitaciones argumentativas que impone la técnica de la casación, tras la condena del médico por la Audiencia Provincial de Valencia de un delito contra la salubridad pública, cuatro delitos de homicidio imprudente y 275 delitos de lesiones personales imprudentes.

CAPÍTULO III. DELITO CULPOSO Y PARTICIPACIÓN EN EL HECHO PUNIBLE

Después de analizar los criterios que permiten considerar imprudente una actuación y atribuirle el resultado, debe plantearse lo relativo a los títulos de imputación del hecho al sujeto; para ello se harán unas consideraciones generales sobre el tema de la autoría, para luego concretar la cuestión en el ámbito de las profesiones sanitarias.

Dos aspectos tienen un especial interés al desarrollar esta problemática: de un lado, la identificación de los criterios que determinan la autoría y con ello el reconocimiento o no de la participación en los delitos imprudentes; y de otro, la precisión de los criterios de atribución de responsabilidad penal en sectores caracterizados por la ejecución conjunta de actividades, como sucede en la mayoría de actuaciones propias de las modernas sociedades de riesgo, y en particular, en el ejercicio de la medicina.

La claridad sobre estas cuestiones permite determinar las bases que fundamentan la atribución de responsabilidad a cada uno de los miembros del equipo que practica la intervención de la cual se deriva la afectación del bien jurídico.

Para comenzar, es necesario destacar que los esfuerzos doctrinales por construir los criterios de atribución de responsabilidad penal a título de autoría y de participación, no han tenido el mismo desarrollo en el ámbito de la actuación dolosa que en el de la imprudente. La aceptación, incuestionada por mucho tiempo, de un concepto unitario de autor en materia de imprudencia por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en Alemania, ha hecho que el pensamiento tradicional en dicho país haya renunciado a la búsqueda de otros mecanismos más satisfactorios de imputación del hecho que la sola consideración genérica como autores de todos los sujetos que al infringir un deber de cuidado, estén vinculados causalmente con la ocurrencia del resultado.

En este sentido es destacable el esfuerzo de la doctrina española por trasladar la diferenciación entre autores y partícipes al ámbito de la actuación imprudente, y superar de esa manera los inconvenientes, político-criminales que se derivan del concepto unitario de autor⁵⁵⁸. Sin embargo, como se señalará más adelante, pese a la existencia de una opinión muy extendida al respecto, son muy dispares las consecuencias que se deducen del rechazo de dicho concepto.

A continuación se alude a las principales teorías formuladas para explicar el concepto de autor, y se evalúan sus resultados en el ámbito de la imprudencia. Más adelante, se desarrollarán los criterios de atribución de responsabilidad en los supuestos de reparto de funciones.

A. MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS FORMAS DE ATRIBUCIÓN PERSONAL DEL HECHO

Del autor suele decirse que es la figura central del hecho punible. Ese planteamiento, válido como principio general de indagación, requiere de concreción. Las distintas teorías desarrolladas con ese objetivo ofrecen criterios materiales de atribución de la condición de autor a determinadas personas, lo que a su vez permite considerar como partícipes a aquéllos en cuya actuación no concurren dichos criterios.

Indagar por la posibilidad de admitir un concepto restringido de autor, compatible con la participación, en el ámbito de la imprudencia, implica precisar en primer lugar, quién de entre los distintos intervinientes en un hecho imprudente es autor, y posteriormente, cuál es el tratamiento punitivo a dispensar a los partícipes.

La doctrina suele referenciar tres grandes sistemas de determinación de los títulos de atribución de responsabilidad por la realización de un hecho punible: el unitario, el extensivo y el restrictivo, al que se adscriben los modelos objetivo-formal y objetivo-material.

⁵⁵⁸ Concepto unitario que reivindican en el último tiempo autores como REYES ALVARADO: “Si en el juicio de imputación objetiva que se hace respecto de todo los que intervienen en la comisión de un delito, -llámense autores o partícipes- supone la determinación de si hubo o no una creación de riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, entonces desde el punto de vista de la imputación objetiva no existe ninguna diferencia entre un autor y un partícipe, lo cual lejos de constituir un problema representa una ventaja en cuanto permite mantener unificada la teoría del delito”, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, pp. 27, 28.

En nuestro ámbito de cultura jurídico-penal, la conveniencia o inconveniencia de un determinado modelo de autor suele valorarse en función de su compatibilidad con el principio de accesoriedad, que permite condicionar la punibilidad de los partícipes, a la del autor⁵⁵⁹.

Pero además de dicho criterio, la opción por uno u otro modelo debe guardar consonancia con el principio de individualidad de la responsabilidad penal, según el cual a cada uno de los intervinientes en el hecho, solo se les pueden imputar los efectos de lo que pertenezca a su ámbito de responsabilidad y no los de las actuaciones de terceros que correspondan al ámbito de responsabilidad autónoma de estos últimos⁵⁶⁰.

El condicionamiento de la punibilidad de los partícipes a la del autor, en virtud del principio de accesoriedad, implica que aunque aquéllos responden por su propio ilícito, su responsabilidad queda condicionada a la de un autor principal, lo que pudiera sugerir que la penalidad del partícipe puede ser menor, aunque con frecuencia se prevea para el inductor la misma pena que para el autor⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Sobre este principio señala PEÑARANDA RAMOS que su: “significado primario ... es, pues, el de definir estrictamente el ámbito de lo punible. Como ha señalado Samson, el sometimiento al principio de accesoriedad garantiza que “la extensión de la punibilidad a los partícipes se alcance sin difuminar los límites del tipo”, *La participación en el delito*, p. 327.

Sobre este principio véase también, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, cap. segundo.

⁵⁶⁰ Relacionando los principios de accesoriedad de la participación y de individualidad de la responsabilidad penal, expresa FEIJOO que “El principio de accesoriedad que es un principio garantístico que limita la intervención del Derecho penal y que es consecuencia de un régimen de libertades que no se inmiscuye en los asuntos privados del ciudadano, debe ser compatible con otro principio irrenunciable para un Derecho penal moderno: *nadie puede ser hecho responsable de la conducta o del injusto de otro*. Al partícipe no se le puede imputar el hecho de otro, sino su propio hecho”. *Límites de la participación criminal*, pp. 9 y 10. Cursiva en el texto.

⁵⁶¹ El Código penal español consagra, como otros muchos, la equiparación de la pena del inductor con la del autor. Sin embargo, ello ha motivado una serie de críticas por parte de quienes entienden que debiera reducirse la pena correspondiente al inductor dada la menor gravedad de su intervención. Un inventario de los argumentos del debate en GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, Primera parte, 2.

No obstante, la discusión sigue siendo muy álgida y la toma de postura al respecto parte siempre de opciones político-criminales sobre las que es muy difícil alcanzar algún acuerdo. Ello se pone de presente cuando se recuerda por ejemplo, que en el proceso de reforma del Código Penal español hubo propuestas acerca de la conveniencia de introducir, respecto a la complicidad que es la otra forma de participación en el hecho, un

A continuación se hace una breve mención de las propuestas de concreción del concepto de la autoría para indagar si sus resultados son trasladables al ámbito de la imprudencia.

1. El concepto unitario de autor

La manifestación más difundida de este modelo corresponde a la teoría unitaria formal, caracterizada por el uso radical del factor o criterio causal, y la asunción de la indiferenciación entre causas y condiciones⁵⁶² en la determinación del título de imputación personal, por lo que se equipararía a todos los intervinientes en el hecho como aportantes a su producción, y por consiguiente, como autores: como todos los intervinientes en el hecho aportan causalmente al mismo, a todos se les debería tener por autores.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEVO destaca que el modelo unitario se asienta sobre una base dual: de un lado, está la equivalencia de las aportaciones causales de los distintos intervinientes en el hecho, y del otro, la peligrosidad y el merecimiento de pena comunes de las diversas actuaciones, derivadas, más que de su trascendencia externa, del reflejo de la voluntad contraria a derecho que implican⁵⁶³.

Con fundamento entonces en el desvalor de la actitud interna, común a todos los partícipes, y en la imposibilidad de diferenciar la magnitud de las distintas aportaciones causales, se construye un modelo de autor en el que cada uno de los intervinientes en el

sistema como el suizo, en el que se faculta al juez para reducir discrecionalmente la pena del cómplice. En tal sentido manifestaba CEREZO: “Es cierto que a veces puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor. Pero la solución técnicamente correcta consiste en establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices”, “Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal”, p. 343.

⁵⁶² Es importante destacar que pese al rechazo doctrinal a la diferenciación entre causas y condiciones, hay quiénes, como GIMBERNAT, que también la rechaza, se valen de ella para expresar la condicionalidad de la actuación del cómplice, confiriéndole a dicha expresión un contenido valorativo, *Autor y cómplice*, pp. 169-171.

⁵⁶³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, pp. 76 y ss. A los mencionados agrega un tercer fundamento al que sin embargo caracteriza como meramente ideológico, y por ende no merecedor de un análisis profundo, que sería el relativo a la utilidad de este modelo por parte de regímenes autoritarios.

suceso responde de manera independiente, es decir, no condicionada por la ilicitud del hecho ejecutado por un actor principal⁵⁶⁴.

Sobre la base genérica acabada de referir, se elaboró una teoría complementaria, conocida como unitaria funcional, cuyo postulado fundamental consiste en asignar el carácter de autores a todos los intervinientes en el hecho, aunque admitiendo la existencia de diversos tipos de autoría (por apoyo, por determinación y por colaboración)⁵⁶⁵.

Pese a lo que sugiere la atribución del carácter de autores a todos los intervinientes en el hecho, las teorías unitarias admiten una diferenciación en el *quantum* de pena que les corresponde a todos ellos; lo que, sin embargo, no sería consecuencia de un distinto grado de injusto⁵⁶⁶.

Las críticas más relevantes que se han formulado a la teoría unitaria, que es acogida en los códigos penales de Austria y Portugal⁵⁶⁷, tienen que ver con lo insatisfactorio de sus resultados desde el punto de vista del principio de legalidad; con la inconveniencia político-criminal de prescindir de la accesoriedad en la regulación de la autoría y la participación, y con la necesidad de reconocer la diferente gravedad de las aportaciones de los distintos intervinientes en el hecho⁵⁶⁸.

Los problemas de legalidad que se le atribuyen, parten de considerar que los tipos penales describen conductas de autor, y de asumir que esa calificación no se puede dar a las

⁵⁶⁴ “El rechazo de la accesoriedad de ciertas formas de intervención es el rasgo y consecuencia fundamental del concepto unitario, de la que se derivan prácticamente todas las demás”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, p. 117.

⁵⁶⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, pp. 65-66, quien reconoce a KIENAPFEL como el impulsor de esta variante.

⁵⁶⁶ Este rasgo ha sido resaltado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “... para la mayoría de los defensores del concepto unitario no es que todos los sujetos que intervienen en el hecho sean autores porque entre ellos no se pueda distinguir, porque cada uno sea causa del resultado delictivo, sino más bien porque tal diferenciación no es conveniente hacerla en un primer momento (en el tipo concretamente), sino en uno posterior (la determinación de la pena), lo que permite mayor flexibilidad”, *Autoría*, p. 73.

⁵⁶⁷ Referencias, en PEÑARANDA, *La participación en el delito*, pp. 301 y ss.

⁵⁶⁸ Un compendio de las críticas a este planteamiento en ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 261-277.

conductas de todos los intervinientes en el hecho⁵⁶⁹, la aceptación de esta teoría supone por supuesto aceptar las premisas de los críticos. Desde el punto de vista político-criminal se alude también a la conveniencia de diferenciar el tratamiento de los distintos intervinientes en el hecho, según la entidad de sus aportes⁵⁷⁰.

En lo que a la vigencia del principio de accesoriedad respecta, a éste, además de su conveniencia político-criminal⁵⁷¹, se le reconoce como una derivación fundamental del principio de legalidad.

Finalmente, se critica al concepto unitario de autor por las dificultades insalvables que experimenta en la explicación de los delitos de mera actividad, en los de propia mano o en los que exigen elementos personales⁵⁷².

2. Concepto extensivo de autor

El núcleo de las teorías extensivas⁵⁷³ radica en el reconocimiento de que aunque todos los intervinientes en el hecho son causantes del mismo, sin que haya lugar a diferenciar entre

⁵⁶⁹ Ello, sin embargo, no libera de advertir desde ya que no es ésta la única teoría a la que se pudiera criticar lo alejado de sus resultados del principio de legalidad. A ello se hará referencia más adelante; pues en la autoría se presenta un claro conflicto entre el principio de legalidad y las necesidades de extensión del sistema penal determinada por la exigencia de mayor eficacia en la persecución del delito. De todas maneras cabe señalar que el carácter fundamental del principio de legalidad en un derecho penal moderno exige su respeto por el modelo de autoría que se adopte.

⁵⁷⁰ En este sentido, MIR PUIG: “El planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su importancia social” *DP, PG*, 8 ed., Lecc 14, nro. 11, p. 368. LÓPEZ PEREGRÍN apunta a la mayor lejanía de la lesión del bien jurídico, respecto a la actuación del autor, como uno de los fundamentos de la menor pena que se impone al cómplice, *La complicidad en el delito*, p. 161.

⁵⁷¹ La que no es indiscutida; así por ejemplo señala STRATENWERTH que “Hasta hoy no han cesado las dudas sobre el acierto del principio de accesoriedad limitada”, *DP, PG*, I, 4 ed., p. 349, nro. 127

⁵⁷² El análisis de esta crítica, válida en cuanto se acepte la muy discutible categoría de los delitos de propia mano, en PEÑARANDA, *La participación en el delito*, pp. 301 y ss.

⁵⁷³ Una exposición muy esclarecedora en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien se apoya en los planteamientos de ZIMMERL para explicar esta corriente, *Autoría*, pp. 253-254. Este último autor habla de interpretación extensiva de los tipos penales y no de concepto extensivo de autor, sin embargo, según refiere el primero de los mencionados, lo extensivo de la interpretación radica en la extensión del criterio de imputación al sujeto interviniente.

causas y condiciones, de *legue lata*, sin embargo, el legislador ha establecido unos mecanismos de participación en el hecho (complicidad e inducción), mediante los cuales matiza la consideración como autor de todo el que haya intervenido causalmente en la realización del hecho.

La pluralidad de aristas comunes entre el concepto extensivo y el unitario lleva a que la doctrina destaque más los puntos comunes o de conexión entre ambos, que sus diferencias⁵⁷⁴.

Esta teoría tiene dos variantes.

La primera, que se podría caracterizar como objetiva, coincide con la caracterización general que antes se hizo del concepto extensivo, y apunta a la causalidad de la intervención como criterio definidor de ésta. Por ello, señala que salvo que la actuación del individuo quede cobijada por las “excepciones” de la complicidad y la determinación, todo el que esté causalmente vinculado con el hecho, es autor⁵⁷⁵.

A esta variante se le critica “el dar un valor absoluto para extraer el concepto primario de autor a algo, la causalidad, a lo que se niega todo componente y trascendencia valorativos”, y se añade que “si la ley diferencia autor, inductor y cómplice, parece que es incorrecto buscar el sentido de esa diferenciación y con ello el contenido del concepto de autor precisamente en algo que es común a las tres formas de intervención”⁵⁷⁶.

Una segunda variante de las teorías extensivas, la subjetiva, señala, en una caracterización muy general, que es autor quien obra con ánimo de tal (*animus actores*), en

⁵⁷⁴ En este sentido, PEÑARANDA: “el concepto unitario de autor puede ser provisionalmente definido, a reserva de las precisiones que habrá que hacer más tarde, como un concepto extensivo en el que se renuncia a distinguir (objetiva o subjetivamente) autores y partícipes: un concepto extensivo de autor sin causas de restricción de la tipicidad o de la pena”, *La participación en el delito*, p. 220.

⁵⁷⁵ Así por ejemplo, señala MEZGER, quien adhiere a esta teoría, que “Es autor el que ha causado mediante su acción el tipo legal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio. Las formas legales de la instigación del § 48 del Código y del auxilio (complicidad) del § 49 del mismo texto no son, por tanto “causas de extensión de la pena”, sino, en realidad, *causas de restricción de la pena*, pues restringen la pena del autor que en otro caso se deduciría de la relación causal”, *Tratado*, II, p. 292, cursiva en el original.

⁵⁷⁶ DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, pp. 273-274.

tanto que es cómplice quien actúa con ánimo o intención de colaborador, es decir, de sujeto no interesado directamente en los resultados de la actuación (*animus socii*)⁵⁷⁷.

Esta versión ha sido objeto de una crítica más severa aún, por privar de trascendencia al aspecto objetivo de la actuación en la determinación del título de intervención a imputar al sujeto. En efecto, sin desconocer la relevancia de los elementos subjetivos, cuya necesidad reconocen teorías posteriores como la del dominio del hecho, la doctrina reciente entiende que la diferenciación entre autoría y participación depende, primordialmente, de factores de carácter objetivo, como el sentido de las aportaciones realizadas para la afectación del bien jurídico⁵⁷⁸.

Y con independencia de que se reivindique o no un aspecto subjetivo en la autoría, lo cierto es que no resulta razonable desconocer, de manera tan palmaria como lo hace este planteamiento, la relevancia del aspecto objetivo de la actuación.

La generalizada admisión de un aspecto valorativo en la determinación del título de intervención en el hecho (vinculado casi siempre a la relación de la actuación con la afectación del bien jurídico), demanda conferir una especial trascendencia al aspecto objetivo del actuar, el mismo que es desatendido cuando a la manera del concepto extensivo en su vertiente subjetiva, se privilegia el ánimo concurrente en el sujeto actuante, con exclusión de cualquier otro tipo de consideración (ánimo que de todas maneras no puede confundirse con el dolo).

GIMBERNAT critica esta teoría, considerando que comporta un riesgo para la seguridad jurídica difícilmente asumible, al propiciar soluciones injustas e insatisfactorias para

⁵⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, p. 295.

⁵⁷⁸ Este planteamiento es especialmente claro en las más recientes elaboraciones doctrinales sobre la participación en el delito. Así por ejemplo, refiriéndose al concepto de dominio del hecho manifiesta FEIJOO: “A medida que la naturaleza objetivo-subjetiva del dominio del hecho se va convirtiendo en más objetiva en detrimento del aspecto subjetivo y éste (y, por tanto, la idea de dominio o control) queda más ligado a consideraciones normativas y valorativas que psicológicas, dicha mutación afecta a los requisitos de las formas de autoría y participación y permite unificar toda la teoría de la autoría y la participación con independencia de datos naturalísticos como los causales (acción/omisión) o psicológicos (dolo/imprudencia)”, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1605.

determinados casos⁵⁷⁹, por abrir un espacio muy amplio a la determinación de un carácter u otro atendiendo a la apreciación judicial y, así mismo, al posibilitar tener por actos de mera complicidad los que constituyen actos de autoría y viceversa⁵⁸⁰.

Además, los resultados de su aplicación en materia de imprudencia son muy insatisfactorios, sobre todo en los casos en que el sujeto actúe sin asumir ninguna actitud de titularidad sobre el riesgo desplegado con su actuar, lo cual impide atribuirle alguno de los caracteres que se pretenden establecer con ayuda de este planteamiento⁵⁸¹.

3. Teorías restrictivas

Las denominadas teorías restrictivas gozan de una gran difusión, al recoger una serie de argumentos de carácter político-criminal que la doctrina entiende necesarios para la elaboración del concepto de autor y diferenciar así entre las distintas clases de intervinientes en el hecho. Estas teorías pueden dividirse a su vez en dos grupos: teorías objetivo-formales y objetivo-materiales dentro de las cuáles, a su turno cumple un papel de trascendental importancia la teoría del dominio del hecho⁵⁸².

a. La teoría objetivo-formal

La teoría objetivo-formal se estructura alrededor de una idea fundamental: la necesidad de respetar el principio de legalidad, haciendo responder como autor a quien en las

⁵⁷⁹ Así por ejemplo se alude a lo erróneo de la calificación como meros cómplices de los autores de homicidio en el “caso de la bañera” (una mujer mata al hijo recién nacido de su hermana soltera para ocultar la “deshonra” de ésta) o en el “caso Staschynskij” (una espía soviético mata a una persona por órdenes superiores, sin tener ningún interés especial en la muerte que ha debido ejecutar): “Una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser por ello, técnicamente incorrecta”. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 53.

⁵⁸⁰ GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 51, 52.

⁵⁸¹ Aunque como ya se refirió, PEÑARANDA considera que no hay diferencia entre los conceptos unitario y extensivo, este autor señala que el concepto mayoritario en la doctrina alemana en relación con la autoría imprudente es el extensivo y no el unitario (como se suele indicar), *La participación en el delito*, p. 275.

⁵⁸² Sobre la pertenencia o no de la teoría del dominio del hecho al ámbito de las teorías objetivo-materiales, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, pp. 582,583; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, p. 126.

hipótesis de mera actividad haya realizado el comportamiento descrito en el tipo, o en los delitos de lesión realice las acciones de ejecución del delito prohibidas por la norma en relación con la afectación del bien jurídico⁵⁸³.

En consonancia con ello, las normas legales que regulan la participación en el delito consagrarían amplificadores de la punibilidad (o más propiamente del tipo), extendiendo la responsabilidad penal a personas cuya actuación no quedaría cobijada por el supuesto de hecho de la norma, por no haber ejecutado las acciones propias de los autores. La pena correspondiente a los partícipes es la prevista en la ley, de conformidad con el desvalor correspondiente a cada una de las intervenciones: generalmente disminuida para el cómplice, e igual a la prevista para el autor, en el caso del inductor.

A esta teoría se le ha criticado por sus dificultades para explicar la autoría en los casos en los que solo se describe un resultado y no la conducta o los medios que pudieran generarlo⁵⁸⁴. Así, sería muy problemática la concreción de cuándo se está matando a otro: si, por ejemplo, solo al dispararle, o si también, cuando se sujeta a una víctima previamente herida, para que no pueda enfrentar a quien va a propinarle otras heridas de naturaleza mortal, etc.⁵⁸⁵.

También se le cuestiona su incapacidad para explicar los supuestos de autoría mediata, en los cuales un individuo se vale de otro, un “instrumento”, que en general⁵⁸⁶ actúa de manera impune, y que es quien realiza materialmente el tipo⁵⁸⁷.

⁵⁸³ No es de extrañar que pronto se vincule esta problemática con la relacionada con el comienzo de la ejecución del hecho, propia de la tentativa. Ello permite entender que autor es quien realiza actos propios de la fase en la que el comportamiento es punible; debiéndose limitar la consideración de cómplices a quienes interviniendo también en esa fase, no obstante no realizan acciones propiamente ejecutivas. Sobre la relación de estas construcciones con la problemática de la tentativa, véase GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, p. 253.

⁵⁸⁴ Manifiesta MIR que esta teoría no ofrece, en estos supuestos, “ningún criterio que permita diferenciar entre mera causación y autoría”, *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 14, nm. 21, p. 373.

⁵⁸⁵ Sobre las limitaciones de las teorías objetivo-formales en el ámbito de la coautoría, BERDUGO Y OTROS *Curso*, 2 ed., p. 383.

⁵⁸⁶ Sobre la posibilidad de considerar como instrumento a quien actúa imprudentemente, ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, p. 249.

La teoría objetivo-formal, a la que se considera las más respetuosas del principio de legalidad, ha sido, durante muchos años, la amplia dominadora dentro de la literatura jurídica española, a pesar de sus dificultades para explicar la autoría mediata⁵⁸⁸. No obstante, dichas dificultades han dado lugar a que en dicha doctrina paulatinamente se haya abierto paso la teoría del dominio del hecho, como criterio de concreción de la autoría y de diferenciación con las demás formas de intervención en el hecho.

b. Las teorías objetivo-materiales

En la búsqueda de criterios para diferenciar a los autores de los partícipes, las teorías objetivo-materiales recurren a un fundamento material no siempre condicionado por la estructura formal del tipo (lo que, en sentir de sus críticos, constituye su principal problema), que se concreta, en principio, en la importancia objetiva de la aportación⁵⁸⁹.

Al igual que alguna de las teorías ya mencionadas, las objetivo-materiales se apoyan en la diferenciación entre causas y condiciones, para caracterizar como autores a quienes aportan verdaderas causas del resultado, y como cómplices a quienes efectúan aportes que son meras condiciones no definitivas o necesarias a esos efectos⁵⁹⁰.

Como antes se indicara, la teoría del dominio del hecho, que podría calificarse como la más extendida en la actualidad para explicar el concepto de autor, es considerada por algunos

⁵⁸⁷ Además de la problemática específica planteada en la nota anterior, debe señalarse que según la doctrina mayoritaria, la autoría mediata es compatible con supuestos en los que el ejecutor directo es penalmente responsable, como en los casos de instrumento doloso no cualificado. Sobre esta cuestión, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, § 25.

⁵⁸⁸ No obstante, aun entre autores que de manera clara se adscriben al planteamiento objetivo-formal, se considera que en el concepto de autor debe tener cabida el autor mediato. Así por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO: “Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva”. “El autor mediato en Dp español”, p. 561.

⁵⁸⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, p. 536.

⁵⁹⁰ Caracterizando así estas teorías, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 115; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, pp. 536 y ss.; QUINTERO: “autor es el que aporta la contribución más importante, en cierto modo en la línea de la llamada causalidad eficiente”, *PG*, 3 ed., p. 621.

como perteneciente al grupo de las teorías objetivo-materiales; mientras que otros la analizan independiente de éstas. A ella se dedicarán las siguientes líneas.

c. La teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, sistematizada en un comienzo por WELZEL⁵⁹¹ y desarrollada luego por ROXIN, considera autor a la figura central del suceso de la acción⁵⁹².

Una de las versiones más difundidas en desarrollo de la idea fundamental del dominio del hecho indica que éste lo ostenta quien controla el sí y el cómo de la realización delictiva⁵⁹³; lo que genera mucha discusión acerca de la condición a atribuir a quien mediante la abstención de su aporte pudiera dar al traste con la realización delictiva, y en concreto, a aquél sin cuya aportación el hecho no se habría realizado⁵⁹⁴.

ROXIN propone varias formas de dominio del hecho: el dominio de la acción, el de la voluntad y el dominio funcional, que vincula a la distinción tradicional entre autoría directa, en la que se ejecuta el hecho por sí mismo; autoría mediata, en la que alguien se vale de un

⁵⁹¹ Sobre la historia del concepto, y las aportaciones de los distintos autores, incluidos los mencionados, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, prgs. 11 y 12; DE FIGUEIREDO, *DP*, T.I, p. 766.

⁵⁹² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 365.

⁵⁹³ Se dice así que: “Este elemento se encuentra en la dirección final del acontecimiento típico por parte del autor, en el tener-en-las-manos el curso típico de los acontecimientos, al cual se extiende el dolo (...). Usando una fórmula burda..., es posible decir que se puede reconocer el dominio del hecho a todo aquel que puede inhibir, dejar correr o bien interrumpir la realización del resultado completo”, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *DP*, *PG*, 2, pp. 313, 314, nro. 85.

En su propuesta de caracterizar la idea del dominio del hecho FIGUEIREDO emplea las fórmulas de ser el “señor”, tomar la ejecución “en sus propias manos”, ser la “figura central del acontecimiento”, *DP*, pp. 765, 766.

⁵⁹⁴ En el Derecho español, que tanto en la legislación vigente (art. 28 b C.P.) como en la derogada, (art. 14,1 C.P.) ha consagrado la fórmula de cooperación necesaria, una interpretación minoritaria, defendida por GÓMEZ BENÍTEZ, ha propuesto entender que se trata de una hipótesis de autoría, *TJD*, p. 539. Sin embargo, en concreto, múltiples aportaciones pudieran resultar suficientes para la eficacia de la actuación delictiva, lo que conferiría una gran extensión al concepto de autor en desmedro de la participación.

instrumento, que en general actúa de manera impune; o coautoría, cuando se da un dominio conjunto de la realización del hecho⁵⁹⁵.

Las críticas a la teoría del dominio del hecho no han sido pocas. Entre ellas se destacan las que apuntan a su falta de concreción, además del fracaso del recurso que generalmente se emplea para determinar el dominio, consistente en la posibilidad de desbaratar el plan⁵⁹⁶ y su anclaje en una perspectiva ontológica⁵⁹⁷.

También se advierte que esta teoría podría presentar problemas de compatibilidad con el principio de legalidad; de hecho, autores que la aceptan, han llamado la atención sobre esta cuestión:

“La ampliación de la tipicidad a esa fase o clase de actos directamente unidos a la acción típica no sería soportable desde el punto de vista de la legalidad formal si no se sometiese esta fase a estrictos criterios limitativos... Esos criterios vienen aludidos cuando se exige la vinculación íntima y directa de los actos con la acción descrita en el tipo, con lo que se significa que los actos del autor rayan en el límite mismo de la acción típica, es decir, que están estrechamente vinculados valorativamente a la misma, o que “sin eslabones” intermedios esta acontecerá”⁵⁹⁸.

De especial interés para este trabajo resultan las críticas formuladas a esta teoría en lo que hace relación a la estructura de la autoría en materia de imprudencia⁵⁹⁹.

WELZEL⁶⁰⁰ y ROXIN⁶⁰¹ destacaron y asumieron la limitación de la teoría en este ámbito, señalando que su formulación del dominio del hecho estaba destinada a explicar la

⁵⁹⁵ ROXIN, Autoría y dominio del hecho, caps. quinto a séptimo.

⁵⁹⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., Lecc 14, nm. 30, p. 375.

⁵⁹⁷ En este sentido MIR PUIG: “La teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es solo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esa imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo”. *DP, PG*, 8 ed., Lecc. 14, nro. 31, p. 376.

⁵⁹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, p. 125.

⁵⁹⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., Lecc 14, nm. 33, p. 374.

autoría dolosa, remitiendo el problema de la autoría en los delitos imprudentes, a otros criterios relacionados fundamentalmente con la vinculación causal entre la actuación infractora del deber de cuidado y el resultado.

No podría haber un dominio de la situación si el sujeto no orientó su actuar de manera consciente y voluntaria a la producción del resultado. Por esa razón el dominio del hecho no estaba en condiciones de explicar la autoría imprudente.

Las limitaciones de la teoría del dominio del hecho para explicar la autoría imprudente, hicieron que en este ámbito los autores que asumieron este planteamiento optaran por un concepto unitario de autor, dispensando un tratamiento igual a todos los que mediante alguna infracción del deber de cuidado hubieran contribuido a la producción del resultado. Los planteamientos normativistas por su parte, eludieron la posibilidad de admitir la participación en el hecho imprudente, para aludir a limitaciones derivadas del derecho positivo.

d. El delito imprudente como delito de infracción de un deber

En algún momento ROXIN pretendió explicar la autoría en los delitos imprudentes, incluyéndolos en la categoría de los delitos de infracción de deber⁶⁰², en los que la autoría, según se sostuvo, no se define con los criterios del dominio del hecho, sino por la existencia de un deber extrapenal que impone a determinados sujetos un deber especial de salvaguarda del bien jurídico; según ello, la autoría se imputa a quien mediante la infracción de su deber hace posible la afectación del bien jurídico.

⁶⁰⁰ “Señor del hecho es aquél que lo realiza de forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general de dominio sobre el hecho”, WELZEL, *Dp alemán*, p. 145.

⁶⁰¹ Así, por ejemplo, ROXIN “...y, *dado que en los delitos imprudentes rige un concepto unitario de autor*, en el supuesto de causación imprudente de un hecho doloso no se trata de una participación, sino de autoría imprudente”, *DP, PG*, p. 1007, cursiva añadida.

⁶⁰² Referencias en ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 99-105; y en PIZARRO BELEZA, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿Titularidad versus dominio del hecho?”, pp. 340, 341.

Esta teoría fue elaborada para fundamentar, en los delitos especiales, la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus*, para cometer el hecho, dados los insatisfactorios resultados de la teoría del dominio del hecho en este ámbito⁶⁰³.

Sin embargo, el propio autor abandonó dicha postura⁶⁰⁴, para reasumir el planteamiento mayoritario en la doctrina alemana según el cual en materia de imprudencia rige un concepto unitario de autor.

e. La teoría de la determinación objetiva del hecho

Entre los esfuerzos dirigidos a formular un concepto de autoría común a los delitos doloso e imprudentes, que supere las dificultades del concepto unitario en este último ámbito, se destaca el de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quienes entienden que la teoría del dominio del hecho, tal y como ha sido desarrollada por ROXIN, resulta insatisfactoria en algunos casos, entre los que se cuentan, justamente, los relacionados con la autoría imprudente.

El concepto que proponen para definir la autoría es el de determinación objetiva del hecho, de acuerdo con el cual, autor es quien realiza la conducta que:

⁶⁰³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Dp*, cap. 9, § 34. Sobre estos delitos, pueden consultarse también, JAKOBS, *DP, PG*, Cap. IV, VIII, pp. 791, 792; SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, passim.

Críticos con esta categoría ARIAS HOLGUÍN/SOTOMAYOR ACOSTA, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la ‘teoría de los delitos de infracción del deber’”, passim; RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Dp español”, p. 473.

⁶⁰⁴ LUZÓN PEÑA, alude a la posibilidad de hallar criterios específicos de imprudencia que se pudieran caracterizar como de infracción de un deber, precisando que “de ninguna manera se trataría de que todos los delitos imprudentes fueran delitos de infracción del deber (del deber general de diligencia)..., sino de que para ciertos sujetos en posiciones de especial responsabilidad y como consecuencia de normas especiales de cuidado pudieran funcionar como tal”, “La determinación objetiva del hecho”, p. 211.

FEJOO, por su parte destaca la existencia en el CP español vigente de delitos imprudentes especiales que sugieren no desechar por completo la categoría de la infracción de deber”, “Una polémica doctrinal interminable”, pp. 1605, 1606.

“consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta, el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento, es, como se ve, distinta y más que el mero ‘poder o capacidad de impedir o contener’ el curso del hecho, no ya con una actividad sino con la simple pasividad que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, ‘dominio negativo’, característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria”⁶⁰⁵.

En palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO:

“para ser autor (cumpliendo el resto de los requisitos típicos), no basta la realización de cualquier acción típica (sea cual sea el criterio que se siga para determinar cuándo se realiza la misma), sino que hay que realizar, cuando el tipo describa más de una, la *acción típica nuclear*, aquella en que descansa el centro de gravedad del injusto”;

Añadiendo más adelante que, quien

“realiza la acción típica nuclear, es (...) (-quien-), domina o determina de un modo objetivo positivo (de manera inmediata, a través de otro o en conjunto con otros) el curso del acontecimiento delictivo”⁶⁰⁶.

Estos autores señalan las diferencias de su teoría y la del dominio del hecho⁶⁰⁷. Y así, por ejemplo, consideran que el dominio meramente potencial de la situación⁶⁰⁸ no permite

⁶⁰⁵ LUZÓN PEÑA, *La determinación objetiva*, pp. 206-207.

⁶⁰⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, p. 532. Años antes, al propugnar por un concepto de autor que explicara por igual la autoría dolosa y la imprudente, señalaba RODRÍGUEZ MOURULLO que autor de un delito imprudente no será “todo aquél que a través de una conducta que infringe el cuidado exigible, pone un antecedente causal del resultado, sino tan solo quien realiza imprudentemente la acción típica del correspondiente delito doloso”, “El autor mediato en Dp español”, p. 480.

⁶⁰⁷ En un escrito conjunto ambos autores señalan que “Determinantes y, por tanto, de autoría serán las conductas que supongan un dominio del hecho, del acontecer típico, es decir, aquellas que decidan el sí y el cómo del mismo. Sin embargo, en lo que no coincidimos es en la caracterización por la concepción dominante del dominio

atribuir la calidad de autor; que aun en ausencia de dolo puede haber una especie de dominio de la acción⁶⁰⁹; y que, para definir la autoría no es viable un dominio negativo como el que acepta la teoría del dominio del hecho al atribuir la calidad de autor a quien mediante la abstención de su aporte, hubiera podido impedir la ejecución del hecho⁶¹⁰.

De esta manera, sin desconocer sus afinidades con la del dominio del hecho, la teoría de la determinación objetiva del hecho, supera algunas de las limitaciones de ésta. Sin embargo, sus críticos consideran que con su alusión a la “acción típica nuclear” este planteamiento pretende ser compatible también con las teorías objetivo-formales, dominantes por muchos años en la literatura española. Y que por esa razón dejaría por fuera del ámbito de la autoría a quien realiza una serie de comportamientos que, en general, se consideran “actos de autor”. En este sentido, por ejemplo, manifiesta MIR, que según la teoría de la determinación objetiva del hecho,

del hecho como criterio distintivo de autoría”; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva del hecho”, pp. 100, 101.

⁶⁰⁸ LUZÓN PEÑA, “La determinación”, p. 896; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, p. 599.

⁶⁰⁹ LUZÓN, “La determinación”, pp. 892-893; LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva del hecho”, pp. 101-107.

⁶¹⁰ Respecto al “dominio negativo”, manifiesta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “esta fórmula se refiere a la pura posibilidad y, por ello, se trataría de un dominio potencial rechazable, (pero) este no es su único defecto, pues se podría formular sin carácter potencial: autor es el que, con su actuación, detiene o interrumpe la realización del tipo. Tanto la posibilidad de detener como la detención real pueden deberse perfectamente a la actuación de un ínfimo cómplice que, por ejemplo, avisa a la policía o incluso un no interviniente que realice el mismo aviso”, *Autoría*, pp. 600-601.

Sin embargo, advierte más adelante la posibilidad de entender el dominio negativo de otra manera, a partir de la esencialidad de la contribución, con lo que este autor no manifiesta el mismo desacuerdo.

De todas maneras, esta crítica de LUZÓN PEÑA y de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO parte de un supuesto relativo: la proposición de esa faceta negativa por los defensores del dominio del hecho no ha sido general y su empleo está dirigido básicamente a la constatación del carácter imprescindible del aporte. No se puede olvidar que desde sus primeras caracterizaciones se habló también del dominio del hecho en el sentido del control del sí y el cómo de la conducta generadora del resultado.

Sobre esta cuestión manifiesta ROXIN que la interpretación de DÍAZ sobre la coautoría restringe en demasía el ámbito de ésta y la torna ineficaz para los casos en que no hay ejecución inmediata por alguno de los coautores (“que en la práctica (son) los casos más significativos”); y señalando que la diferenciación entre dominio positivo y negativo no “cuadra con la estructura del dominio funcional”, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, p. 173.

“no sería coautor de una violación quien ejerce la fuerza sobre la víctima mientras otro tiene acceso carnal con ella, sino que solo este último sería autor y el primero únicamente sería partícipe; pero “violar” no es solo tener acceso carnal, sino hacerlo, p. ej., con fuerza, del mismo modo que el robo con violencia o intimidación exige no solo tomar la cosa, sino también ejercer violencia o intimidación, por lo que cabe objetar que la realización del acto típico nuclear no basta para la realización del tipo ni, por tanto, para la autoría, que no es más, ni menos, que esta realización”⁶¹¹.

En la misma línea crítica, y a pesar de los esfuerzos de esta teoría para explicar la autoría mediata, hay quienes consideran insatisfactorios sus resultados en este punto. SÁNCHEZ LÁZARO, por ejemplo, manifiesta:

“... en los supuestos de autoría mediata el criterio que ofrecen LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, a nuestro juicio no permite fundamentar la condición de autor del hombre de atrás. Porque el momento objetivo al que estos penalistas vinculan las razones de merecimiento y necesidad de pena se vuelve valorativamente neutral en esta forma de manifestación de la autoría, dado que quien ocupa tal posición objetiva es el instrumento... El problema es que la conducta del sujeto de delante o instrumento, aunque es la persona que en último extremo determina objetiva y positivamente la producción del resultado, la mayoría de las veces ‘ni siquiera ha infringido la norma penal’... Por tanto, si no concurre dolo o imprudencia, difícilmente se puede hablar de merecimiento y necesidad de pena por su parte”⁶¹².

⁶¹¹ MIR, *DP, PG*, 8 ed., p. 376, nota 32. En sentido similar, refiriéndose al delito de homicidio, ROXIN, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, p. 172. Otras críticas en PEÑARANDA/SUÁREZ, en “Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia”, III. Comentario Segundo, pp. 196-200.

En un escrito conjunto, LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO reconocen en éste el aspecto más criticado de su teoría por la doctrina española, y sobre él el primero de los autores se manifiesta dubitativo. El segundo de ellos, por su parte, deja constancia de que no considera que “en todos los casos en que un tipo legal describe más de una acción unas sean nucleares y otras no, sino que simplemente admite la posibilidad (al menos como mera hipótesis) de que los criterios de interpretación generales, aplicados a alguno de los tipos de la parte especial que describan en el tipo más de una acción, hagan constatar que, en algún caso, la ley configura una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales”, “Determinación objetiva y positiva del hecho”, p. 99, nota 28.

⁶¹² SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 99-100.

Esta última crítica se enmarca dentro de las premisas de quien la formula, que le llevan a caracterizar la autoría imprudente, en función de la “competencia sobre la fuente de peligro”, criterio con el cual pretende fundamentar normativamente el concepto de autor. Tal concepto, siempre según SÁNCHEZ, ofrecería la ventaja de que:

“no nos señala a la persona que controla fácticamente la fuente de peligro o al actor que domina el proceso lesivo, sino que habla directamente de responsabilidad. Concretamente nos dice quién es el principal responsable de la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido materializado en la lesión; la persona cuya actuación presenta un componente cualitativo adicional de peligro, ya que de ella depende el nacimiento efectivo del riesgo, su actualización y que su amenaza sobre el bien jurídico se torne inmediata. Con otras palabras, aquél a quien las normas jurídico-penales deben dirigirse en primer lugar, dado que es él quien condiciona positivamente –y en términos de responsabilidad- que el ataque a su vigencia trascienda al plano que les es propio a través de su exteriorización como riesgo y alcance su máxima expresión en el resultado de lesión”⁶¹³.

La contraposición propuesta por SÁNCHEZ LÁZARO entre un dominio naturalístico, a superar, y uno valorativo estructurado a partir de la competencia sobre el riesgo, que en su sentir sería el correcto, está lastrada por las dificultades que genera el concepto de responsabilidad sobre el riesgo, que bien podría predicarse también de los partícipes. Incluso, aunque dicha competencia se afínque sobre “un componente cualitativo adicional de peligro”, este planteamiento no alcanza a sustraerse de la necesidad de establecer quien, con su aportación fáctica al proceso de riesgo, por lo menos en los casos de comisión, se erige en responsable principal del riesgo, deviniendo por ello en autor. Y en relación con la omisión habrá que establecer el alcance de los deberes de evitación entre los distintos responsables sobre el riesgo.

Así, al fundamentar el dominio sobre el riesgo a partir de la perturbación de un ámbito ajeno⁶¹⁴, o del incumplimiento de deberes previamente instituidos por el ordenamiento

⁶¹³ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 107.

⁶¹⁴ Asumiendo la terminología de JAKOBS al respecto, manifiesta este autor que la primera fuente de responsabilidad emerge de que “En este primer grupo de casos, el sujeto configura su ámbito de organización de tal forma que orienta de modo no permitido la fuente de peligro hacia la producción del resultado, obligándose

jurídico⁶¹⁵, la diferenciación entre autores y partícipes se torna casi imposible, pues estos últimos con su actuación también perturban indebidamente ámbitos ajenos o desatienden los deberes de actuación que sobre ellos gravitan en virtud de la posición que ocupan en el tráfico jurídico, tornándose en competentes sobre el riesgo correspondiente⁶¹⁶; por esta razón la teoría de SÁNCHEZ LÁZARO debe acudir a las mismas construcciones doctrinales que tiene la pretensión de superar, a efectos de establecer a quien ha de considerarse autor.

Eso sucede, por ejemplo, cuando se analiza la posible responsabilidad del periodista procesado como partícipe en un homicidio en el célebre caso Vinader, en el que personas sobre las que se publicó información en el sentido de que estaban involucradas en la lucha armada ilegal contra ETA, fueron asesinadas. SÁNCHEZ LÁZARO, entiende incorrecto considerar al periodista como autor imprudente de los delitos de homicidio, porque

“...para afirmar la autoría de un delito imprudente de resultado no basta con que concurren causalidad e imprudencia en la actuación del sujeto. A mi juicio, se debe exigir algo más: que determine objetiva y positivamente el hecho, que controle la fuente de peligro o, más correctamente..., que ostente competencia sobre la fuente de peligro de la que proviene el riesgo materializado en la lesión”⁶¹⁷.

frente a los riesgos que genera y su eventual materialización”, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 117.

⁶¹⁵ En relación con esta manifiesta el autor que en esta clase competencia “se trata de modelos sociales de relación de esferas vitales jurídicamente reconocidos y equivalentes, desde el punto de vista de la estructura social, a la fuente de competencia que acabamos de tratar (la competencia por organización). En principio, son identificables las siguientes instituciones: la relación paterno-filial y sustitutivos, el matrimonio, la confianza especial, y los denominados deberes genuinamente estatales”, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 129.

⁶¹⁶ Que es lo que hacen los defensores de un concepto unitario de autor, como por ejemplo, REYES al señalar que no hay lugar a diferenciar entre autores y partícipes dado que si todos los intervinientes en el hecho han creado un riesgo jurídicamente desaprobado, a todos deberá atribuirse el hecho total en que hayan intervenido: “Si,..., la acción colectiva puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado -...-, el derecho penal no solamente está interesado en la valoración de esa actuación colectiva, sino también en el análisis del aporte que cada persona haya hecho a esa acción conjunta, pero siempre entendiéndolo como voluntaria contribución al hecho colectivo”, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, p. 20

⁶¹⁷ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 418. Este caso ha sido también objeto de estudios discrepantes en sus conclusiones, por GIMBERNAT, “Relación de causalidad en la exigencia de

Así las cosas, parece indudable que una propuesta como la citada, de caracterización de la autoría imprudente, no resulta satisfactoria si se prescinde del dominio sobre el proceso de riesgo o de cualquier otro factor que permita diferenciar entre el autor y los partícipes en función de la entidad objetiva de la aportación al proceso que desencadena el resultado. Una construcción enteramente normativa de las categorías penales, que desatienda por ello el sentido de los datos de la realidad parece afrontar serias dificultades a la hora de acreditar su razonabilidad.

Debe reconocerse sí a esta teoría que explicita la necesidad de integrar en la solución de la cuestión de la autoría criterios empleados en relación con otros elementos de la teoría del hecho punible, cuyo traslado al ámbito de la autoría y la participación han suscitado reservas entre algunos autores.

Ahora bien. Aunque las teorías que abogan por la diferenciación entre autores y partícipes se anuncian como restrictivas y expresan su preocupación por la ampliación de la responsabilidad penal que podría derivarse de la asunción de un concepto como el unitario, es claro también que vincular la responsabilidad penal al dominio sobre procesos de riesgo, genera la posibilidad de llevar la responsabilidad hasta personas que de cualquier manera hubieran podido influir sobre éste, bien sobreagregando factores causales, o bien absteniéndose de neutralizar los riesgos en curso. Teorías como la de la determinación objetiva y positiva del hecho, están animadas por una loable pretensión de restringir el espacio de los autores al de los ejecutores de las conductas medulares para la infracción delictiva, contraviniendo con ello las pretensiones expansivas del Derecho penal del último tiempo que pretende imputar responsabilidad como autor a cualquiera que haya efectuado alguna aportación al hecho, o se haya abstenido de neutralizar el riesgo en proceso de desarrollo

Podría considerarse que esa restricción de la condición de autores a los ejecutores de las acciones típicas centrales o medulares, ha sido y es “asumible” en el Derecho español habida cuenta de la punición en éste, con la pena del autor, del cooperador necesario, que es una fórmula de la que adolecen la mayoría de ordenamientos jurídicos.

responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (El caso Vinader)”, y SÁNCHEZ-VERA, “Caso Vinader”.

En estas condiciones, lo que debe preguntarse en relación con esta cuestión es qué tanto debe extenderse la responsabilidad penal en aras de lograr la adecuada punición, en términos de legalidad y de proporcionalidad, de los distintos intervinientes en el hecho y en concreto, a quiénes deben imponerse las penas previstas para los autores. Cuestión que, además, irá aflorando al valorar los supuestos en que concurren actuaciones sucesivas de varios posibles responsables. A esos casos se dedica la parte final de este capítulo, adelantando sí que esta ruta de progresiva expansión del derecho penal viene trasegándose mediante la devastación de algunas de las garantías más relevantes del derecho penal tradicional.

4. Evaluación parcial. Concepto de autor y delito imprudente

Las teorías referidas en la parte final del apartado anterior, optan por una vía político-criminalmente que parece satisfactoria: la de diferenciar entre autores y partícipes, superando así los inconvenientes del concepto unitario de autor. Ello, frente a los planteamientos de la doctrina tradicional que desarrolla los conceptos de autoría y de participación a partir, básicamente, de las particularidades de la realización dolosa.

Con la caracterización de la autoría en función de la realización dolosa, muy poco se avanza en la distinción de los títulos de imputación de los intervinientes en el hecho imprudente. Algún avance frente a esa situación de estancamiento reporta el considerar la entidad objetiva de la contribución al discurrir delictivo como factor determinante de la atribución del título de imputación al agente.

La extensión del concepto unitario de autor en el delito imprudente en Alemania⁶¹⁸ ha sido consecuencia, aunque apenas en parte, de la regulación legal en ese país. Y que sea una consecuencia parcial de ello, significa que de la exigencia legal de que los partícipes obraran

⁶¹⁸ Además de WELZEL y de ROXIN, ya citados, se manifiestan, entre otros, a favor de un concepto unitario de autor en materia de imprudencia: FRISCH: “El paso desde la afirmación de un acto de creación de un riesgo desaprobado hasta la afirmación de la autoría solo es sencillo en el ámbito de la imprudencia, en virtud del amplio concepto de autor allí mantenido”, “Responsabilidad penal de las empresas”, p. 108; JESCHECK/WEIGEND, “De ahí que autor del delito imprudente es todo aquel que, con infracción del cuidado necesario en el tráfico jurídico coopera en la realización del tipo”, *Tratado*, 5 ed., pp. 704, 705.

dolosamente⁶¹⁹ no debía seguir necesariamente, como muchos entendieron, que en ausencia de dolo hubiera de responderse siempre a título de autor, llegando al punto de rechazar incluso la coautoría en el ámbito de la imprudencia⁶²⁰.

La doctrina latinoamericana mayoritaria, asume los planteamientos de la doctrina alemana, sin reflexionar siempre, si la imposibilidad de diferenciar las formas de intervención en el hecho imprudente es conceptual, o si constituye una mera derivación de una regulación legal extranjera.

Más allá de la normativa legal concreta, podría decirse, con palabras de LUZÓN PEÑA, que la asunción del difundido concepto unitario de autor en materia de imprudencia, “representa una situación de atraso y estancamiento en la teoría del delito imprudente en este punto -el ámbito de la codelincuencia-, que aún es más llamativa en contraste con el avance de la dogmática del resto del delito culposo”⁶²¹.

La afirmación de que el concepto unitario de autor en la imprudencia es político-criminalmente insatisfactorio, puede soportarse manifestando que no parecen existir razones que justifiquen que en delitos más graves, como los dolosos, se diferencie entre los distintos intervinientes y se gradúe su responsabilidad atendiendo a la importancia del aporte que hayan prestado para la consumación del hecho, mientras que en delitos menos graves, como los

⁶¹⁹ Efectúan esta diferenciación MAURACH-GÖSSEL-ZIPF: “Por participación se comprende la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro. Esta conceptualización permite excluir aquellas formas de la colaboración delictiva que queden fuera del círculo aquí trazado”, *DP, PG*, 2, p. 400, nro. 2.

⁶²⁰ Sobre este rechazo en la literatura alemana, STRATENWERTH, quien advierte lo novedoso de la discusión al respecto, *DP, PG*, 4 ed., cap. 15, nro 79, p. 441.

Una relación extensa de autores escépticos respecto a la posibilidad de la coautoría en los delitos imprudentes en SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 160, nota 7.

⁶²¹ LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho”, p. 200; ya antes, en sentido similar RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código penal*, T.1, p. 813.

Esta crítica resulta procedente frente a planteamientos como el de ZAFFARONI Y OTROS, para quienes, “El tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente *causado*, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que solo desembocó en él. Luego, como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino solo *causantes*”, *DP, PG.*, 2 ed., p. 790, nro. VII, 1, cursiva en el texto.

imprudentes, se dispense un tratamiento unificado a todos los intervinientes, atribuyéndoles el más gravoso de entre todos los títulos posibles: el de autores del hecho⁶²².

Para ilustrar lo que se quiere expresar, valga mencionar un ejemplo: un ortopedista diagnostica a un paciente un problema en su rodilla izquierda que requiere una intervención quirúrgica, que programa para ocho días después y que él mismo ha de realizar. El día de la cirugía, un ayudante, por una lectura apresurada de la orden de cirugía, prepara para la intervención la rodilla contralateral. El cirujano en el quirófano interviene la rodilla que encontró preparada, que estaba sana, causando una lesión que el paciente no tenía, y dejando de realizar la conducta necesaria para sanar la extremidad enferma⁶²³.

En este caso es evidente que el cirujano se vio influenciado, e incluso determinado a su error por el descuido del auxiliar que preparó para la cirugía la rodilla que estaba sana. Esta conducta, incluso, podría considerarse causante del resultado, al haber suscitado el error del cirujano. Sin embargo, dado el diverso nivel de dominio de la situación que ostentaban (recuérdese que el mismo cirujano había examinado al paciente y programado el procedimiento) no parece razonable, ni satisfactorio que se les brinde a ambos el tratamiento de autores de la lesión, y menos aún tratar como autor mediato de la lesión al hombre que con su error inicial generó el del cirujano. En un caso así, habida cuenta de los deberes de actuación que pesaban sobre el cirujano, no parece viable sostener, que se le ha

⁶²² ROBLES PLANAS propone una serie de razones que fundamentan el rechazo al concepto unitario de autor entre las cuáles destacan las siguientes: “No parece razonable que una aportación en un delito imprudente que de mediar dolo sería calificada de participación, pase a constituir autoría solo por el hecho de que exista imprudencia”; y “La “simple verdad” de que en la imprudencia no pueden (sic) distinguirse entre las diversas formas de participación conduce a una ampliación desmesurada del castigo y pervierte las estructuras sociales de distribución de responsabilidades: aportaciones de escasa relevancia son consideradas de autoría”, “Participación en el delito e imprudencia”, p. 239.

Además de las anteriores propone otras razones en favor de la relevancia penal de la participación imprudente, para tomar partido en el debate sobre la punibilidad de dicha forma de intervención en el delito, a las que se hará alusión más adelante.

En sentido similar, manifiesta FEJOO: “lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente”, “La imprudencia en el CP de 1995”, p. 324.

⁶²³ Como éste es el supuesto de la STS de 26 de febrero de 2001 (Mg. RAMOS G.), en la que se revocó la absolución proferida en la instancia respecto al cirujano y al instrumentista ayudante de quirófano

instrumentalizado a efectos de causar la lesión, o que la suya es una responsabilidad de la misma entidad que la del ayudante.

De hecho, si de una actuación dolosa se tratare, no habría grandes dificultades en considerar al auxiliar de enfermería un cómplice de las lesiones realizadas como autor por el cirujano; por lo que resulta más ajustado a la correcta valoración de los hechos, diferenciar la magnitud de las aportaciones de uno y otro, y de acuerdo con eso dispensarles un tratamiento jurídico-penal diferente. No parece consecuente con la estructura conceptual de la autoría que a quien a pesar de su aporte no ha configurado la lesión del bien jurídico, se le trate como autor; lo que implica que se deben diferenciar los títulos de imputación en función de la entidad de la aportación del sujeto al hecho del que deriva la afectación del bien jurídico.

B. LAS INTERVENCIONES PLURALES EN EL HECHO IMPRUDENTE

Un concepto restrictivo de autor en materia de imprudencia abre la posibilidad de superar las dificultades que el concepto unitario genera, por ejemplo, para el reconocimiento de la coautoría: podrán tenerse por coautores, quienes en ejecución de un proyecto común codominan la situación de riesgo. La coautoría imprudente, supondría entonces una unidad de designio respecto a la ejecución conjunta del comportamiento descuidado⁶²⁴; lo que será distinto de los casos en que varios individuos que obran imprudentemente, sin ponerse de acuerdo por ende respecto a la ejecución de la actuación peligrosa, determinan la afectación del bien jurídico, que sería un caso de autoría accesoría.

El concepto restrictivo de autor tampoco sería incompatible con el reconocimiento de la autoría mediata en el ámbito de la imprudencia, que se daría cuando infringiendo un deber de cuidado se instrumentaliza a otra persona que sin infringir ningún deber de cuidado, materializa la afectación del hecho punible. Hace años RODRÍGUEZ MOURULLO le dedicó

⁶²⁴ En este sentido, MIR PUIG: “La doctrina alemana no admite la coautoría en los delitos imprudentes, por entender que no es posible en ellos el acuerdo mutuo (no puede haber acuerdo para matar por imprudencia). Más en España, en donde se admite la participación en tales delitos, resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos. El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común”, *DP, PG*, 8 ed., p. 395, nro. 24.

especial atención a esta cuestión evidenciando que no existe incompatibilidad entre obrar imprudentemente e instrumentalizar a otra persona⁶²⁵.

En un régimen de reparto de funciones, en el que los distintos intervinientes en el proceso de actuación de que se trate cometan sucesivas imprudencias, la posibilidad de imputarles el carácter de coautores o el de partícipes imprudentes, o incluso el de autores accesorios, dependerá entonces de cuáles de las acciones concurrentes puedan considerarse determinantes para configurar la afectación del bien jurídico, en función del dominio que a través de ellas ostentaran sus autores sobre el proceso de riesgo.

De lo anterior se desprende que no porque varias actuaciones se den en un régimen de reparto de funciones se presenta una coautoría, pues ésta supone codominio de la situación de riesgo que determina el resultado, bien por acción, o bien por omisión, lo que no se da por la sola concurrencia de varias acciones, con independencia de que se realicen de manera simultánea o sucesiva. En los casos en que mediante una aportación imprudente que coadyuva a la producción del resultado no se llega a determinar la ocurrencia del mismo, por carecer de poder de configuración sobre él, el desvalor correspondiente a la actuación de quien ejecute dicha actuación será distinto al del autor. Y el título de imputación de quien no ejerce dominio sobre la situación de riesgo podría ser el de inductor o determinador y el de cómplice.

Una comprensión de la participación criminal en la que se atienda a la importancia objetiva de la aportación, y no a la sola concurrencia de dolo en el actor, es uno de los mecanismos a través de los cuáles superar los cuestionables efectos del concepto unitario de autor en materia de imprudencia.

⁶²⁵ “...la ausencia de ese “objetivo dominio del hecho” cifrada en el fracaso que supone no conseguir la finalidad perseguida y causar, en cambio, el no querido resultado típico, no es incompatible con la autoría mediata”, RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Dp español”, p. 484; “Lo que fundamenta la autoría mediata, es decir, que la acción del ejecutor deba ser concebida como obra de la persona que actúa desde atrás—es la relación *señor-instrumento*, y esta relación puede subsistir con plena firmeza en los casos en los que el sujeto mediato fracasa respecto a los objetivos finalísticamente perseguidos y provoca la verificación de un tipo de delito imprudente a través de una persona que se comporta como un simple y fiel instrumento”, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA/RODRÍGUEZ, *Comentarios*, T. I., p. 819.

1. La participación imprudente

Lo insatisfactorio del tratamiento único, como autores, de todos los intervinientes en el hecho, sin atender a la magnitud o importancia de su aportación ha propiciado que, sobre todo en la doctrina española, se desarrolle una línea de pensamiento que rechazando el concepto unitario de autor, admite la participación en tales delitos; aunque el consenso suele ser mayor en materia de complicidad que de inducción, pues un grupo importante de autores considera que desde el punto de vista conceptual, esta última, al suponer un actuar dirigido a que surja en otro la decisión de cometer un delito⁶²⁶, solo es posible cuando se obra con dolo.

Sin embargo, entre los autores que se expresan de acuerdo con la diferenciación de títulos de atribución en el hecho existen diferencias en torno al tratamiento a dispensar a quienes sean considerados cómplices imprudentes⁶²⁷. Mientras que un grupo de autores defiende su impunidad, en los últimos años un número cada vez mayor de autores sostiene que existen suficientes razones dogmáticas y político-criminales para considerarla punible.

La referida discusión, entre otros aspectos, gira alrededor de la cuestión del modelo de participación desarrollado por el legislador en el caso concreto. La participación imprudente podría ser conceptualmente posible, pero impune si el Legislador hubiera optado por un modelo en el que solo se castigara la participación dolosa.

⁶²⁶ “Las razones por las que no puede admitirse entonces tal posibilidad no proceden, al menos directamente, a diferencia de lo que hemos visto sucede en el Derecho penal alemán, de su expresa incompatibilidad con el tenor de la ley, sino que habrán de buscarse en otra serie de argumentos. Pues bien, entiendo que pueden obtenerse, por un lado, de la propia comprensión conceptual de la inducción a la que ya nos hemos referido y, de otro, de los principios rectores que inspiran la participación en nuestro Derecho”, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, p. 369.

En la perspectiva del Dp alemán, JESCHECK/WEIGEND, destacan la necesidad de que tanto inductor como autor obren de manera dolosa, *Tratado*, 5 ed., pp. 739, 740; STRATENWERTH, por su parte destaca los problemas que genera para la punibilidad del inductor la exigencia de que el autor obre dolosamente, *DP, PG*, I, 4 ed., p. 353, nro. 141.

⁶²⁷ Como el objeto ha de quedar delimitado por lo que aquí interesa, valga llamar la atención respecto a la discusión acerca de la posibilidad de castigar la aportación dolosa a la realización imprudente de un tercero, o la participación imprudente en el hecho doloso de otro. Sobre estas cuestiones, enfocadas tradicionalmente en consonancia con la teoría tradicional de la prohibición de regreso, ROBLES PLANAS, “Participación en el delito e imprudencia”, pp. 245 y ss.; FEIJOO, “Una polémica doctrinal interminable”, pp. 1609 y 1610.

Las líneas siguientes se dedican a esta problemática, que guarda una estrecha relación con los planteamientos desarrollados en los apartados anteriores.

a. La fundamentación del desvalor del injusto de los partícipes

En la discusión sobre el concepto de participación imprudente debe concretarse si respecto a ella son válidos los argumentos político-criminales que justifican el tratamiento dispar que se brinda a autores y a partícipes en el ámbito de la actuación dolosa⁶²⁸.

Respecto al tema concreto de la complicidad son varias las propuestas de fundamentación de lo que constituye su razón de ser, entre las que cabe destacar el favorecimiento de la causación por el autor; el ataque accesorio al bien jurídico, la lesión de la relación del titular con el bien jurídico y la corrupción del autor⁶²⁹.

La teoría que parece más convincente para fundamentar la punición del partícipe imprudente es la que señala que a éste se le sanciona por favorecer la afectación del bien jurídico por parte de un tercero: su conducta es punible en la medida en que favorece o asegura la lesión del bien jurídico por parte de un tercero⁶³⁰, generando así un riesgo desaprobado para dicho bien⁶³¹.

⁶²⁸ En este punto conviene resaltar que la doctrina suele diferenciar la participación imprudente de la participación en el hecho imprudente, de lo que resulta un catálogo amplio de circunstancias a analizar (por ejemplo, la complicidad imprudente en el hecho imprudente o en el hecho doloso; o la complicidad dolosa en el hecho imprudente).

Desde las teorías que propugnan por la elaboración de un concepto normativo de autor se afirma que dicha diferenciación no es relevante y que una única explicación es satisfactoria para todos esos fenómenos. En este sentido, FEIJOO, “ya señalé anteriormente que no parece tener mucho sentido dogmático o político-criminal la distinción entre participación imprudente y participación en el delito imprudente, siendo ésta una modalidad de aquélla”, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1612.

⁶²⁹ Sobre el fundamento de la punibilidad de la participación, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, pp. 113 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cap. IV; ROXIN, “Acerca del fundamento penal de la participación”, *passim*.

⁶³⁰ Esta estructura es consecuente con los planteamientos de quienes consideran que en el injusto del partícipe, del cómplice en este caso, es necesario constatar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en el resultado. La diferencia de criterio respecto a este último aspecto es lo que propicia la diferente solución que se da al caso de quien facilita a quien va a hurtar en una casa una ganzúa que después no es

El partícipe no es señor del hecho. No domina la realización típica en orden a la producción del resultado, aunque sí crea unas condiciones más favorables o propicias para que el tercero, que ostenta el referido dominio, cometa el delito.

Sobre esta premisa se debe indagar si se puede facilitar la realización delictiva de otra persona sin obrar dolosamente; es decir, si una actuación puede tener un significado objetivo de participación en el hecho de otro con independencia de que el agente no pretenda contribuir a la producción del resultado.

Y no hay razones de suficiente entidad como para dar una respuesta negativa. Es decir, es razonable entender que un acto tenga la significación objetiva de facilitar la realización de una actuación de otra persona, relevante para el Derecho penal, con independencia de que el primer sujeto lo haya interpretado como una aportación a la realización delictiva del tercero.

Un acto puede constituir una ayuda o facilitación de la labor de otro, aunque los sujetos no le hayan conferido ese sentido de colaboración con la empresa del último, o no hayan advertido que ése era el sentido de lo que se estaba realizando. La cuestión de la imputación subjetiva será posterior a la definición del sentido objetivo de la aportación.

Y el que la aportación al hecho no alcance a configurarlo objetivamente, resultando de ella un desvalor objetivo de menor entidad que el correspondiente a la actuación del autor, explica que al partícipe (por lo menos al cómplice) se le dé un tratamiento punitivo menos severo que al autor.

En supuestos como el propuesto en un comienzo, de indebida preparación de un paciente por parte de un auxiliar de cirugía, que resulta propiciar el error posterior del

utilizada, por encontrar el ladrón una ventana abierta en la vivienda en la que va a cometer el delito. Consecuente con la mencionada estructura, MUÑOZ CONDE defiende la impunidad (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 8 ed., p. 446), mientras que MURMANN, citando y avalando la postura del Tribunal Supremo alemán considera que hay responsabilidad, como consecuencia de la necesidad de una determinación normativa del concepto de creación del riesgo orientado a cada relación interpersonal”, “Sobre el tipo de la complicidad en Dp”, p. 159.

⁶³¹ MUÑOZ CONDE habla de lograr que “la comisión del delito sea más rápida, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella” (refiriéndose a la acción del cómplice), MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 8 ed., p. 446.

cirujano que interviene una extremidad distinta a la que debió intervenir, es evidente que la infracción del deber de cuidado cometida por el ayudante de cirugía era, en cualquier caso, inidónea para producir ella misma el resultado lesivo, aunque haya facilitado o propiciado el error del cirujano. En esa medida no parece justificado atribuir a quien cometió el primer error el carácter de autor, si se asume que el autor es el sujeto central del acontecimiento, y que ese carácter no lo ostenta quien solo facilitó el hecho, pero sin ostentar el control efectivo sobre la producción del resultado. Y considerarlo como partícipe dependerá de que con su actuación haya contribuido a la realización del autor, en este caso, del cirujano.

La actuación que en el peor de los casos representa una exposición del bien jurídico a una situación de riesgo, pero que por sí misma es inidónea para lesionarlo, no presenta ante el ordenamiento jurídico una gravedad semejante a la de la conducta que sí tiene la capacidad para materializar la afectación del bien jurídico. Solo a los ejecutores de los comportamientos de este último tipo se les podrá hacer sujetos de la imputación más grave que implica considerarlos como autores del hecho.

A quienes no tengan esa capacidad, se les deberá dispensar un tratamiento distinto, al menos dentro de un sistema que entiende menor el desvalor de los actos de participación y que en consonancia con ello opta por sancionar con menos severidad la complicidad que la autoría.

b. La discusión sobre la punibilidad de la participación imprudente en el Derecho penal español

A partir de la percepción del distinto grado de desvalor que les corresponde a estas situaciones, un sector importante de la doctrina española propone una serie de argumentos de corte dogmático y político-criminal para justificar la diferenciación entre autoría y participación imprudentes, que no son nuevos, pues fueron propuestos al analizar la regulación de la legislación penal derogada por el Código penal de 1995. En efecto, el texto del artículo 565 del estatuto anterior aludía a “El que por imprudencia temeraria ejecutare *un hecho que, si mediare malicia*, constituiría delito...”. Con base en esta redacción se señaló

que el tipo objetivo del delito imprudente tenía que ser el mismo del delito doloso; y que la única diferencia entre ambos hechos punibles radicaba en el tipo subjetivo⁶³².

Esta tesis de la identidad del tipo objetivo⁶³³ conserva su vigencia con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que impuso un sistema de *numerus clausus* en la regulación de la imprudencia. En efecto, sobre la base de un argumento similar al citado, un grupo importante de autores sostiene que dada la identidad en el tipo objetivo del hecho doloso y del imprudente, y haciendo parte la autoría y la participación de la estructura del tipo objetivo, también en el delito imprudente sería posible diferenciar entre autoría y participación: si el tipo objetivo del delito doloso admite distinguir los distintos títulos de intervención en el hecho, no hay razones que justifiquen la negativa a efectuar dicha diferenciación en el ámbito de la imprudencia.

Este argumento se apoya en dos ideas básicas: las exigencias del principio de legalidad, y el de la estructura típica de algunos de los delitos imprudentes consagrados en la parte especial del Código penal.

i) Las exigencias derivadas del principio de legalidad

Un sector de la doctrina plantea la impunidad de la participación imprudente con argumentos de derecho positivo, según los cuales, su no mención en las previsiones de los artículos 28 y 29 del Código Penal, en consonancia con los artículos 10 y 12, obliga a declarar su impunidad, en aplicación del principio de legalidad.

⁶³² Esta idea propuesta ya por RODRÍGUEZ MUÑOZ, en las notas a la traducción del *Tratado* de MEZGER (T. I., p. 207), alcanzó una gran aceptación en la doctrina. Entre quienes se manifestaron de acuerdo con ella se puede destacar a RODRÍGUEZ MOURULLO, cuyos planteamientos, influidos por el concepto objetivo formal de autor, se constituyeron en punto de referencia citado con mucha frecuencia por la doctrina posterior: “Autor de un delito imprudente no será, conforme al art. 565, todo aquel que a través de una conducta que infringe el cuidado exigible, pone un antecedente causal del resultado, sino tan solo quien realiza imprudentemente la acción típica del correspondiente delito doloso... De ahí la necesidad de admitir la participación en hechos imprudentes, es decir, la exigencia de distinguir también en el marco de los delitos culposos entre *autor* y *partícipes*”, en CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, al C.P.*, T. I., p. 815.

⁶³³ No debe perderse de vista que la afirmación de esta identidad puede tener que ver con la estructura de los tipos penales, o con los criterios de elaboración de la tipicidad objetiva, a lo que se aludió en la primera parte, cuando se aludió al nexo de imputación. El argumento a que ahora se alude tiene que ver básicamente con al primera de las cuestiones.

El argumento atinente a la falta de mención de la autoría imprudente en las disposiciones legales citadas, como base de la impunidad de éstas, ha suscitado diversas opiniones en favor y en contra, pero este argumento parece tener un valor apenas relativo⁶³⁴. En efecto, el art. 29 C.P. se limita a calificar como cómplices, a quienes “no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

La cooperación puede entenderse como el obrar con otro para un mismo fin. La mención al fin común podría entenderse en el sentido del logro de un objetivo, y, en esa medida, la participación debería ser dolosa; sin embargo, ese argumento no resulta definitivo para negar la existencia de la complicidad imprudente, pues aun en ausencia de dolo o de algún otro elemento de carácter subjetivo, varias personas pueden proponerse la búsqueda conjunta de un fin (atípico), colaborando con la actividad dirigida a lograrlo.

Desde ese punto de vista, podría decirse que la regulación legal no es incompatible con la complicidad imprudente, pudiendo concurrir en el obrar del partícipe una imprudencia consciente, en la que lo representado ha de versar sobre el efecto de la peligrosidad del propio comportamiento en un contexto de riesgo para bienes jurídicos dominado por un tercero, que sería el autor⁶³⁵, o también inconsciente⁶³⁶, cuando el sujeto no alcanza a advertir siquiera esta situación.

⁶³⁴ Como señalara PÉREZ MANZANO: “las normas de parte general se aplican, *en principio*, a los delitos imprudentes con independencia de que hagan mención expresa o no de su aplicación a los mismos” *Autoría y participación imprudente*, p. 85. De esa manera complementa un argumento previo (p. 84 de la misma obra) según el cual la introducción del sistema de *numerus clausus* en el artículo 12 del Código penal español se muestra relevante solo en cuanto a la tipificación de las conductas en la parte especial, pero no en la parte general.

En sentido similar FEIJOO, “Una polémica doctrinal interminable”, pp. 1607 y ss.

⁶³⁵ En esta misma línea de análisis argumenta SILVA SÁNCHEZ que el elemento subjetivo de la participación imprudente es claro en los supuestos de una aportación realizada con imprudencia consciente, en la que el objeto de la “consciencia” sería el estar ayudando a una actuación imprudente y no al logro de un resultado típico: “En relación con la producción del resultado, la conducta del partícipe sí será imprudente, como la del autor; pero con relación al hecho principal imprudente dicho partícipe obra con “dolo” de ayudar (pleno conocimiento) y con “dolo” (pleno conocimiento) de que el autor del hecho principal obra imprudentemente”. De esta manera este autor parece querer reivindicar contra lo que es su enunciado inicial que la participación debe ser dolosa, solo que propone un objeto del dolo muy anterior a la producción del resultado. Por ello plantea más adelante

Como se ha destacado ya en un par de ocasiones, la regulación legal de la inducción despierta mayores reservas sobre la punibilidad de ésta, cuando es imprudente. Sobre ésta, el texto del art. 28 lit. a) se limita a aludir a los “que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” (a ejecutar el hecho). La “inducción directa”, podría resultar compatible con el hecho de determinar a otro a realizar una actuación imprudente, pero no con la inducción imprudente a otro para que realice un determinado hecho.

Partiendo del sistema de *numerus clausus* de punición de la imprudencia MIR PUIG ha señalado que las formas de participación en el hecho consagradas en los arts. 28 y ss. del CP. español “no se prevén expresamente como formas imprudentes, cosa que puede considerarse necesaria para que resulten punibles de acuerdo con el criterio de incriminación cerrada del artículo 12”⁶³⁷.

Sin embargo, añade que como el Código penal equipara los actos de inducción y la complicidad necesaria imprudentes con la autoría, la realización de las primeras resulta punible en virtud de la asimilación que efectúa el art. 28 del CP., con lo que solo la complicidad imprudente (no necesaria) sería impune⁶³⁸.

que “La única diferencia entre tal participación y la participación dolosa en un hecho doloso radica en la naturaleza (dolosa, en vez de imprudente) del hecho principal; pero no en la forma de ser abarcado el hecho por parte del interviniente accesorio”. “El sistema de incriminación de la imprudencia”, p. 108.

La posibilidad de una participación imprudente con imprudencia inconsciente no es desarrollada por el autor, quien anuncia el tema como objeto de futuras investigaciones, “El sistema de incriminación de la imprudencia”, p. 109.

⁶³⁶ En este sentido, FEIJOO: “No parece sistemáticamente aceptable considerar que la participación es punible en los supuestos de culpa consciente pero no en los de culpa inconsciente, cuando existe acuerdo doctrinal en que ésta no siempre es más grave o más reprochable que aquella”, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1612.

⁶³⁷ MIR PUIG, “La ‘infracción penal’, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal”, pp. 502 y 503.

⁶³⁸ “La redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas el (sic) artículo 28 no exigen necesariamente el dolo. Y si esto vale para los autores en sentido estricto del párrafo 1 de dicho artículo, también puede valer para los autores *asimilados* del párrafo 2, los inductores y los cooperadores necesarios”, MIR PUIG, “La ‘infracción penal’, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal”, pp. 502 y 503.

No parece, entonces, que de la regulación legal se desprenda la imposibilidad de considerar como cómplice (y de hecho, tampoco como inductor, aunque por supuesto su aportación en este caso sería totalmente distinta a la del cómplice), a quien efectúa un aporte imprudente a la realización del hecho por parte de un tercero, sin llegar por eso a asumir el control de la situación que conduce a la afectación del bien jurídico. La inexistencia de dolo o por lo menos de un elemento subjetivo consistente en el dominio de la situación, no sería óbice para estructurar conceptualmente una complicidad imprudente; y de esa manera, hasta a la muy discutible categoría de la complicidad psíquica⁶³⁹, se le podría reconocer existencia cuando se anima al sujeto que ostenta el dominio de la situación a realizar el comportamiento que por su ejecución descuidada será el que materialice la afectación del bien jurídico protegido por la ley.

ii) La estructura típica de algunos delitos imprudentes

Un problema particular en relación con la punición de la participación imprudente podría plantear el que los tipos de algunos delitos imprudentes, exijan elementos que parecieran extraños a la estructura del tipo doloso paralelo.

Este planteamiento lo ha motivado la mención en los tipos de algunos delitos imprudentes no solo del resultado típico, sino también de la causación del mismo; lo que ha llevado a algunos autores a indagar por la existencia de posibles diferencias entre los tipos objetivos del delito doloso y del imprudente, en la medida que este último pudiera considerarse, cuando la causalidad es elemento expreso de la figura legal, como un tipo de mera causación (lo que tendría implicaciones relevantes en la determinación de las modalidades de intervención en el hecho).

Pese a la inclusión en algunos de los tipos imprudentes de la parte especial de la expresión “causar(e)” el resultado típico, la doctrina en general sostiene que ello no implica una alteración de la estructura del tipo objetivo del delito imprudente respecto a la del correspondiente delito doloso; y que dicha expresión no significa que todo el que haya tenido algún tipo de intervención causal de cara a la producción del resultado deba ser considerado como autor del mismo.

⁶³⁹ Al respecto, ARIAS, “La ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante a la consumación del hecho punible en el CP colombiano”, pp. 86, 87

En concreto, se afirma que expresiones como “con frecuencia el CP de 1995 requiere para los tipos imprudentes que el sujeto ‘cometa’ el delito o hecho descrito en el tipo doloso (arts. 158, 331, 342, 532), o que lo ‘realice’ (arts. 159, 301, 367, 467), lo ‘provoque’ (arts. 347, 358), o ‘dé lugar’ al mismo (art. 601). Ello ha de significar que el ‘cometer’, ‘realizar’, etc. han de referirse solamente a la *parte objetiva* del tipo *doloso* completo (incluyendo su parte subjetiva) por imprudencia. Pues bien, ¿quién ‘comete’, ‘realiza’, etc. la parte objetiva del tipo doloso? Sin duda lo hacen los autores previstos en el art. 28. Las conductas de autoría previstas en el art. 28 no exigen necesariamente el dolo. Las conductas de autoría previstas en el art. 28 pueden realizarse, pues, sin dolo. *La redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas en el art. 28 no exigen necesariamente el dolo.* Y si esto vale para los autores en sentido estricto del párrafo 1º. de dicho artículo, también puede valer para los autores *asimilados* de su párrafo 2º.: los inductores y los cooperadores necesarios”⁶⁴⁰.

Ahora bien, el Código penal español vigente también menciona en algunos tipos imprudentes, elementos no incluidos en los tipos de los delitos dolosos “paralelos”, distintos a la causación del resultado (concretamente en los delitos imprudentes de manipulación de genes humanos con alteración del genotipo⁶⁴¹ y falsedad en documento público realizada por funcionario público⁶⁴²).

La doctrina considera que la diferencia entre los tipos objetivos de dichos delitos, no desvirtúa la identidad estructural básica de los tipos objetivos doloso e imprudente, y en consecuencia, la necesidad de diferenciar también en el delito imprudente entre autores y partícipes. Y se explica la mayor amplitud de los tipos imprudentes que generan la problemática, sosteniendo que el caso de la manipulación genética con alteración del genotipo obedece a que “las especialidades de (dicho) delito pueden avalar la excepcionalidad de la mayor amplitud de la conducta típica imprudente frente a la dolosa”⁶⁴³. Por su parte, en lo que al delito de falsedad documental respecta, se ha dicho que su estructura más amplia que la del

⁶⁴⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, 8 ed., Lecc 14, nro. 43, pp. 379, 380. Cursiva en el original.

⁶⁴¹ Art. 159 C.P., aunque parece discutible afirmar que la modalidad imprudente prevista en el párrafo segundo contenga elementos adicionales a los mencionados por la tipificación dolosa en el párrafo primero.

⁶⁴² Art. 391 C.P., sobre el que se podría hacer la misma observación que a la norma referida en la nota anterior.

⁶⁴³ PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, p. 48; argumento parece muy discutible y que más allá de las particularidades de las actividades en que podrían presentarse este tipo de actuaciones, podría ser un argumento a trasladar a cualquier otro ámbito.

delito doloso “paralelo” constituye un argumento a favor de la adopción por el legislador de un concepto restrictivo de autor en la medida que el tipo imprudente realiza una aclaración que sería por completo innecesaria si se hubiera adoptado un concepto unitario de autor⁶⁴⁴.

Por todo lo anterior un sector de la doctrina española ha concluido que en el Código penal español vigente

“la regulación de los delitos imprudentes responde a un modelo en el que se presupone que en general y en particular en los delitos puros de resultado, para sancionar la comisión imprudente es necesario haber realizado el mismo hecho que ejecutado con dolo se sanciona conforme a otras disposiciones”⁶⁴⁵.

c. Conclusión: relevancia penal o impunidad de la participación imprudente

Admitida la posibilidad, conceptual al menos de la complicidad imprudente, el paso siguiente es definir si la misma es o debiera ser punible, cuestión muy debatida en la doctrina española tras la expedición del CP de 1995.

Además de los esbozados hasta el momento, la impunidad de la complicidad imprudente ha sido defendida con argumentos relacionados con la escasa relevancia que un acto constitutivo de ella tendría a efectos de determinar la producción del resultado (pues la aportación imprudente siempre sería de menor gravedad que la dolosa, y la determinación del resultado habría de radicarse en un comportamiento diverso al del partícipe), con lo que la efectiva lesividad del comportamiento permitiría prescindir de la valoración de esa aportación como injusto.

En este sentido se expresa LUZÓN PEÑA para quien, dadas las características que de cara a la afectación del bien jurídico reúne un acto que es solo de participación y que además

⁶⁴⁴ Y así se afirma que “La existencia de esta disposición es excepcional pero viene a corroborar la idea que se está desarrollando: la vigencia del concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes. Pues ciertamente desde la perspectiva del concepto unitario de autor no sería necesaria la tipificación expresa de esta conducta de participación”, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, p. 49

De todas maneras no hay coincidencia en la doctrina respecto al sentido y alcance de esta disposición.

⁶⁴⁵ PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, p. 50.

es imprudente, los principios de fragmentariedad y de subsidiaridad aconsejan su impunidad⁶⁴⁶.

Si lo anterior fuera cierto, la participación imprudente sería impune, salvo que algún tipo consagre la punibilidad autónoma al comportamiento constitutivo de ella⁶⁴⁷.

PÉREZ MANZANO también defiende la impunidad de la participación imprudente con argumentos relacionados con las exigencias del principio de legalidad penal, que la llevan a sostener que:

“En la medida que sigue siendo válido en el Código penal español un concepto restrictivo de autor, y, por tanto, en la medida en que las disposiciones que regulan la participación delictiva constituyen normas de extensión de la punibilidad de los partícipes, es decir, normas que configuran los “tipos de participación”, la cláusula de restricción de la punibilidad de los delitos imprudentes es directamente aplicable a las normas que regulan la participación delictiva. En consecuencia, la participación imprudente es impune por atípica”⁶⁴⁸.

Contra las razones en pro de la impunidad de la participación imprudente se han levantado múltiples voces. SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, expresa el riesgo de que ante la impunidad que se derivaría de considerar que un hecho constituye una forma de participación imprudente, el juez optara por atribuirle entonces la condición de autor a su ejecutor:

“Con la doctrina más moderna entiendo que hay importantes razones para la sanción de quien, sin ser autor, imprudentemente se asocia a otro, que realiza el hecho en

⁶⁴⁶ En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso*, pp. 507, 509. Este autor también defendió en algún momento la idea de que los verbos “inducir” y “cooperar” tenían una inequívoca connotación dolosa, a lo que ya antes se hizo referencia.

⁶⁴⁷ Así, MUÑOZ CONDE, quien afirma la posibilidad de participación imprudente, aunque destacando que solo es punible la modalidad dolosa: “No hay pues, un *concepto unitario de autor en los delitos imprudentes*, pues en ellos la mera participación, salvo que se eleve a la categoría de delito autónomo, no es punible”; previamente señalaba que: “el simple favorecimiento o inducción para que otro realice la acción imprudente (...), no fundamenta la autoría del resultado que se produzca”. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *DP,PG*, 8 ed., p. 440. *Cursiva en el texto.*

⁶⁴⁸ PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el CP de 1995*, pp. 109, 110.

calidad de autor imprudente e incluso, en ciertos casos, aunque este último lo haga en calidad de autor de un delito doloso”⁶⁴⁹.

Entre las consideraciones que avalan dicha conclusión estaría la necesidad de prevenir mediante la amenaza de pena la ejecución de actos que por su significado objetivo de contribución a la ejecución ajena, representan un peligro para bienes jurídicos especialmente importantes.

SILVA SÁNCHEZ sostiene también que habría que considerar el riesgo, de que en la praxis se produzcan efectos adversos a los pretendidos por la postura que aboga por la impunidad de la participación imprudente, de manera que ante la posible impunidad de un caso, el juez optara por atribuirle al sujeto la condición de autor.

“resulta difícilmente verosímil (...) que la Jurisprudencia vaya a mantener un concepto restrictivo de autor en la imprudencia del que resulte la impunidad de aportaciones imprudentes al resultado en virtud de la calificación de las mismas como formas de participación no típicas”⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, “El sistema de incriminación de la imprudencia”, p. 106, quien manifiesta haber reconsiderado así su postura anterior favorable a la impunidad de la participación imprudente.

Coinciden con la primera postura, FEJOO: “Se puede plantear la conveniencia político-criminal de castigar la participación imprudente (cuando curiosamente no se plantea la conveniencia de castigar la participación dolosa en un delito de peligro). Pero también se puede plantear la cuestión en sentido contrario: ¿por qué no castigar la infracción de deberes imprescindibles para la convivencia y que pueden ser materialmente tan graves como las conductas de autoría?, ¿Cuál es la razón para dejar impune como inductor o cooperador necesario de un homicidio imprudente al que provoca un accidente de tráfico mediante la organización de un sistema de apuestas?”, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1613; parece asumirla CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 134; y MANZANARES SAMANIEGO, que considera compatible dicha diferenciación con la imprudencia consciente mas no con la inconsciente, “La imprudencia en el nuevo CP”, p. 6.

⁶⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, “El sistema de incriminación de la imprudencia”, p. 109.

En sentido similar FEJOO: “Me parece preferible reconocer que en el delito imprudente se pueden reconocer formas de participar en un hecho y obligar a los órganos de justicia a que motiven la presencia de los requisitos de la cooperación o de la inducción que obligar a los órganos de justicia a definir como autor al que no lo es por razones de ‘justicia material’... Por otro lado, cabe también la posibilidad de que se extienda el alcance del dolo eventual en el ámbito de la participación para evitar que determinadas conductas especialmente graves queden impunes”, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1612; y SÁNCHEZ LÁZARO: “Si bien, en mi opinión, no

Y finalmente se señala que la situación sería incongruente con lo dispuesto por el Código en materia de faltas, respecto de las cuales el artículo 27 prevé la punibilidad de los partícipes, y de delitos de peligro, en los que también parece conveniente sancionar a los partícipes⁶⁵¹.

Las argumentaciones que apuntan a destacar la impunidad de la participación imprudente son muy coherentes con las consideraciones político-criminales en que se apoyan, que abogan por la vigencia de un Derecho penal más limitado en su extensión que el actual, caracterizado por la pretensión de intervenir mediante la amenaza y la imposición de pena en espacios cada vez más amplios de la vida social; sin embargo, en el Derecho español existen sólidos argumentos de Derecho positivo relativos a la regulación legal de la participación, por lo menos en lo que a la complicidad imprudente respecta, que sugieren como regla general, conferir relevancia penal al comportamiento imprudente con significado objetivo de complicidad en el delito ajeno, y valorar en cada caso concreto la magnitud de la aportación a efectos de determinar si hay lugar a la declarar la impunidad o no de la contribución con argumentos atinentes a la entidad de la aportación a los hechos del sujeto que no determina la realización delictiva.

2. La congruencia en el aspecto subjetivo del obrar del autor y del partícipe

Del carácter que se confiera a la participación, como una institución dependiente de las regulaciones de la parte general del Derecho penal, o de las concretas figuras típicas de la parte especial, se puede derivar la solución al problema de si en el autor y los partícipes debieran concurrir por igual dolo o imprudencia; es decir, de si respecto del autor de un tipo penal doloso, solo puede haber partícipes que obren también de manera dolosa, y si respecto de autores imprudentes solo puede haber partícipes imprudentes; o si, por el contrario, en un mismo hecho pueden concurrir autores dolosos y partícipes imprudentes, o autores imprudentes con partícipes dolosos.

cabe duda de que debe castigarse la inducción y la cooperación necesaria imprudente, podría ponerse en cuestión la punibilidad de la complicidad en este ámbito dado su menor desvalor. Sin embargo, pienso que también debe mantenerse esta figura ya que, como nos ha recordado recientemente ROBLES PLANAS, permite mayor flexibilidad en la valoración de las conductas imprudentes”, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 465.

⁶⁵¹ FEIJOO, “Una polémica doctrinal interminable”, p. 1611.

La solución que se dé a esta cuestión puede condicionar la relevancia penal del actuar de quien no alcance la condición de autor. Y es que, aunque hasta el momento se ha hecho mucho énfasis en el sentido objetivo de la actuación como factor determinante de su sentido como acto de autoría o de participación, también el aspecto subjetivo de la actuación juega un papel relevante en la determinación de la punibilidad del partícipe.

A favor de la necesidad de congruencia en el aspecto *subjetivo* del obrar de autor y de partícipe, podría sostenerse que aunque la autoría y la participación son figuras de la parte general del Derecho penal, lo que permitiría suponer que su concurrencia no depende de que el tipo se estructure como doloso o imprudente, el que los tipos penales prevean la realización dolosa o imprudente, permite entender que también el partícipe debe actuar con el dolo o la imprudencia que el tipo exija del autor. Es decir, que los tipos penales castigan solamente la realización dolosa o imprudente en función de la incorporación en su estructura de uno u otro elemento.

Si se asumiera esta postura, las combinaciones posibles de dolo e imprudencia en las actuaciones del autor o el partícipe determinarían eventuales rupturas de la unidad del título de imputación, en virtud de las cuales, a lo más a que se pudiera llegar sería a que cada uno de los intervinientes responda de su propio delito, incluso de delitos susceptibles de una calificación típica distinta, con la consiguiente renuncia a los efectos del principio de accesoriedad. No obstante, el que la estructura de la participación sea una cuestión dependiente de estructuras generales de imputación vinculadas a la parte general posibilita la concurrencia de una participación imprudente en una autoría dolosa o de una participación dolosa respecto a una autoría imprudente; sin embargo, otras estructuras de imputación (como la prohibición de regreso o la autoría mediata) dificultan en casos como los planteados no romper la unidad del título de imputación, de manera que autor y partícipe respondan por hechos típicos distintos.

Las combinaciones son entonces las siguientes:

a) Participación imprudente en una actuación dolosa de autor, cuando una persona, imprudentemente, deja de adoptar medidas para evitar que la propia actuación sea aprovechada por un tercer actor doloso. Estos casos tienen que ver con el planteamiento tradicional de la prohibición de regreso, según la cual la actuación

dolosa ulterior, en la que se aprovecha el obrar imprudente de otro, rompe el nexo de atribución del resultado al primero de los actores (el que obró con imprudencia).

Sin embargo, la evolución reciente en materia de imputación objetiva replantea este concepto⁶⁵², que desde su formulación inicial, relacionada con la irrelevancia penal de la aportación imprudente a la ejecución delictiva de otro, limitaba en gran medida la responsabilidad de aquél cuya actuación fuera aprovechada por un tercero con el que no existía acuerdo para la comisión del delito, hasta llegar a entender que puede haber responsabilidad de quien actuó de manera imprudente, si sus deberes de actuación estaban orientados a evitar la realización dolosa de terceros.

En estos casos se trata de la imputación de una autoría dolosa al ejecutor material de los hechos, y la consideración de quien obró de imprudentemente como autor (caso en el cual se rompe el título de imputación), o como partícipe, dependerá de que al actor imprudente se le considere determinante objetivo del resultado o no, según el sentido que se atribuya a la no adopción de las cautelas suficientes para que la comisión del tercero doloso no produjera el resultado⁶⁵³. Lo dicho acerca de la determinación negativa del hecho obliga a entender que se trata de casos de participación.

b) También puede darse una aportación dolosa a la actuación de un autor imprudente, por ejemplo en casos en los que sin llegar a ostentar el poder de configurar objetivamente el hecho mediante una comisión, sí se detenta la posibilidad de neutralizar el hecho mediante una intervención oportuna, que sin embargo no se despliega.

Por ejemplo, una enfermera acompaña al anestesiólogo de turno que efectúa el examen preanestésico a un paciente que será intervenido al día siguiente y escucha cuando éste manifiesta su hipersensibilidad a un medicamento anestésico, lo que constituye una clara contraindicación para su empleo, de lo que el anestesiólogo deja constancia en la historia

⁶⁵² Sobre la evolución de este concepto, FEIJOO, *Límites a la participación criminal*, cap. primero; ROXIN, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, pp. 151-164.

⁶⁵³ Ello ha llevado a SILVA SÁNCHEZ a sostener que no pudiendo “esgrimirse mecánicamente” en contra de la responsabilidad de quien sería partícipe “el principio de *autorresponsabilidad* o el de *prohibición de regreso*, debe seguir trabajándose en la línea de buscar interpretaciones legales que permitan subsanar el problema”, “El sistema de incriminación de la imprudencia”, p. 109.

clínica. Al día siguiente, cuando se realiza la intervención, un anestesiólogo distinto, que se encuentra de turno para la cirugía, no lee de manera detallada la historia clínica, ni los resultados del examen preanestésico, limitándose a revisar las constantes vitales del paciente, pero no las notas relativas a la contraindicación del uso del medicamento; sin que la enfermera que estaba de turno ambos días, integrante de un equipo de investigación sobre la sustancia, e interesada por ello en ver la reacción del paciente, advierta al anestesiólogo de su error, preparando además el anestésico ordenado por el médico especialista, todo con el fin de poder observar la reacción del paciente a la sustancia. Como consecuencia de la aplicación de ésta, el paciente fallece.

En este caso es el anestesiólogo quien ostentaba el control de la situación, y quien determina la lesión del bien jurídico.

En estos eventos en los que un tercero, distinto del autor imprudente obra con dolo, el título de imputación a atribuir a este último, queda sujeto a las condiciones en las que se atribuya responsabilidad al omitente de las medidas de salvación del bien jurídico, según se verá más adelante, y del alcance de los eventuales deberes de evitación de los distintos miembros del equipo médico; lo que, a su vez, dependerá de los criterios en función de las cuáles se determine la equiparación material entre comisión y omisión impropia.

De todo ello dependerá entonces que se atribuya a la enfermera el carácter de cómplice del anestesiólogo, o de autora accesoria.

C. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y TRABAJO EN EQUIPO

Lo expuesto hasta el momento tiene una especial importancia a la hora de determinar el tratamiento que se debe dar a los supuestos de imprudencia individual o conjunta, en los casos de actuación de varias personas que mediante un sistema de reparto de funciones obran como equipo.

La delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual en los supuestos de actuación conjunta es un tema necesitado de claridad y de soluciones satisfactorias por parte de una jurisprudencia que, con frecuencia, se muestra desconcertada y perpleja ante un

problema que plantea una serie de cuestiones inéditas hasta hace poco para la dogmática de la autoría, desarrollada tradicionalmente en función de la actuación individual⁶⁵⁴.

El desarrollo de las estructuras individuales de imputación en los espacios de actuaciones conjuntas ha sido objeto de análisis en sectores sociales en los que existen altas posibilidades de afectación de bienes jurídicos, como la producción industrial y la comercialización de productos de consumo masivo. De las reflexiones doctrinales en dichos ámbitos, y en el de la medicina, en los que se ha detectado que a pesar de la ejecución conjunta de actividades de riesgo, la imputación de responsabilidad debe ser individualizada, se extraen las ideas básicas que se desarrollan a continuación.

1. Principios rectores

El tratamiento dogmático de los títulos de imputación a los intervinientes en un proceso de riesgo, en los últimos años se afina en el reconocimiento de dos principios básicos⁶⁵⁵: el de la división del trabajo y el de confianza, a los que se hará una breve alusión, pues ya fueron desarrollados en otro momento, a efectos de la adecuada ilación del tema.

⁶⁵⁴ En materia de responsabilidad penal de los profesionales de la salud no puede decirse que la jurisprudencia haya desarrollado la problemática de los títulos de imputación en los eventos en que varias personas intervienen en la ocurrencia de los hechos. En las distintas sentencias tan solo se suele hacer alusión a la intervención de varias personas, analizando de manera individual la actuación de cada uno. En muy pocas ocasiones como se podrá ver se analizan los problemas de los diversos títulos de imputación en la imprudencia.

En la STS de 7 de julio de 1993 (M.P. MOYNA) pareciere efectuarse alguna referencia a la existencia del problema que, sin embargo, pronto se deja de lado, sin explicar debidamente las razones por las que se niega el tratamiento de la cuestión como un problema de participación: *“viene asistida de razón la recurrente porque no es un fenómeno de coparticipación el que presentan los hechos, sino de culpas plurales coincidentes o que confluyen a un resultado, pero este matiz no tiene la trascendencia que para el enjuiciamiento penal de los hechos presenta el tema de la relación causal, en el que se centra la impugnación”*.

⁶⁵⁵ Destaca la trascendencia de estos principios en el ámbito de la responsabilidad por el ejercicio de la medicina, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, pp. 115-120.

En otra área de la vida social, la de los procesos productivos, PAREDES CASTAÑÓN identifica tres principios determinantes para la individualización de responsabilidades: el principio de división técnica del trabajo y de especialización el de complementariedad y el de jerarquía; aunque luego señala que a efectos de la distribución de competencias funcionales hay que reconocer dos bloques integrados, uno, por los principios de división del

a. El principio de división del trabajo

El reparto de funciones es una característica básica y definitoria de las actividades complejas en las sociedades modernas. De él se deriva la existencia de ámbitos competenciales diversos, que permiten distinguir entre relaciones de subordinación y de coordinación entre los responsables de la ejecución de esas actividades; pero que también se pueden configurar como actuaciones sucesivas e independientes no regidas en principio por relaciones que explícitamente tengan esos caracteres.

La fluidez de la actividad médica implica reconocer que su ejercicio supone la distribución de funciones entre personas con ámbitos competenciales diversos, y que la responsabilidad penal, siempre individual⁶⁵⁶, haya de determinarse reconociendo la relevancia de esa diferenciación y de la concreción de los deberes que corresponden a cada persona en virtud del papel que cumple dentro de ese proceso complejo⁶⁵⁷, lo que no descarta que la responsabilidad se pueda derivar de la falta de control sobre la actuación de otros intervinientes en el correspondiente proceso de riesgo.

b. El principio de confianza

Este principio, al que también ya se hizo alusión, ha adquirido una importancia cada vez mayor en la determinación de responsabilidades penales en sectores que, como la

trabajo, de especialidad, y de complementariedad; y otro, por el principio de jerarquía, en PAREDES-RODRÍGUEZ, *El caso de la colza*, pp. 142 y 145, respectivamente.

⁶⁵⁶ El TS diferencia, desde hace muchos años, los ámbitos de competencias propios como factor delimitador del ámbito de responsabilidad de las personas, aunque como se demuestra más adelante, ha habido momentos de gran confusión acerca de la distribución de responsabilidad entre varias personas. Sobre lo primero, puede verse la sentencia de 22 de diciembre de 1951 (M.P. Castelló y Madrid), en la que se imputaba al director de un manicomio haber permitido la fuga de un interno que después dio muerte a su mujer. Afirma la sentencia que no hay responsabilidad por imprudencia temeraria del “*Médico director de un manicomio, por el solo hecho de la fuga de un enfermo acogido en dicho establecimiento y males que produzca, dado que entre sus funciones específicas no figura el servicio de vigilancia, que como es natural corresponde a otros empleados*”.

⁶⁵⁷ Refiriéndose a la “responsabilidad penal por el producto”, espacio en el que tiene especial importancia la división de funciones, PAREDES CASTAÑÓN destaca como el Derecho penal ha de seguir rigiéndose por el principio de la responsabilidad individual que le caracteriza, en PAREDES CASTAÑÓN-RODRÍGUEZ, *El caso de la Colza*, p. 144.

medicina, se caracterizan por la ejecución de comportamientos peligrosos para bienes jurídicos por parte de varias personas que convergen en busca de un objetivo común. En este último espacio, el principio de confianza resulta incluso más útil para la individualización de responsabilidades, que en aquéllos en los que las aportaciones de los sujetos simplemente convergen sin pretender el logro de ningún objetivo común.

Mediante el principio de confianza, se reconoce que en la determinación del carácter imprudente de un comportamiento deben respetarse los efectos de la asignación de un ámbito de competencias específicas a cada sujeto como consecuencia de la división del trabajo, y que los deberes de actuación de una persona resultan determinados por las competencias asignadas a otros sujetos⁶⁵⁸.

Las relaciones entre los principios de división del trabajo y de confianza exigen aludir a una serie de precisiones que con el tiempo la doctrina ha ido esbozando.

ROXIN por ejemplo, al destacar la necesidad de asegurar la idónea actuación individual del coordinador de la actividad, señala en un primer momento que:

“en la cooperación con división del trabajo, el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes (v. gr. el médico que dirige la operación) poseen especiales deberes de vigilancia (p. ej. frente al médico asistente aún inexperto) u otras misiones de control”⁶⁵⁹.

No obstante lo cual, añade a continuación:

⁶⁵⁸ Así, REYES ALVARADO: “puede afirmarse que el principio de confianza rige dentro del ámbito de la división del trabajo, siendo allí vigentes no solo sus fundamentos generales, sino las limitaciones que le son inherentes”, *Imputación objetiva*, 3 ed., p. 159; sobre su relación con los deberes de actuación manifiesta PAREDES CASTAÑÓN que “constituye un factor de delimitación del alcance del deber de conducta *en cuanto a los riesgos a los que el mismo se refiere*”, PAREDES CASTAÑÓN-RODRÍGUEZ, *El caso de la colza*, p. 157. Cursiva en el texto.

⁶⁵⁹ ROXIN, *DP, PG*, p. 1006

En sentido similar, JAKOBS: “no está permitida la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; y esto puede suceder recíprocamente”, *Estudios penales*, p. 220.

“(a) quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división del trabajo; la directriz debe ser que incluso al más competente de los que colaboran solo se le pueden imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo”⁶⁶⁰.

Ello sugiere que las relaciones de jerarquía en la división del trabajo no son incompatibles con el principio de confianza respecto a la actuación de los co-intervinientes y que la vigilancia de su labor por parte de quien ocupe un rango funcionalmente superior, en condiciones normales no llega hasta el punto de privilegiar esa tarea frente a las que como prestación médica individual deba ejecutar este último.

En este punto se tornan relevantes una serie de criterios de evaluación de la actividad del personal auxiliar que se han desarrollado a partir del principio de confianza: la idoneidad demostrada en procedimientos anteriores, la experiencia en el manejo de los equipos empleados en el procedimiento, los criterios de selección, el desenvolvimiento en las primeras fases del acto de que se trate, el nivel de instrucción, las condiciones físicas y mentales en las que se halle la persona que participa en el procedimiento, por ejemplo, por haber consumido alcohol o sustancias capaces de producir la pérdida de reflejos con muy poca antelación respecto a la realización del procedimiento, o por haber trabajado muchas horas sin descansar, etc.

La implementación por quienes ocupan funciones de coordinación del equipo médico de rutinas de control de riesgos sobre quienes desempeñan funciones auxiliares, no tiene por

⁶⁶⁰ ROXIN, *DP, PG*, p. 1006, negrita ajena al texto.

Y también STRATENWERTH de acuerdo con la interpretación que de su pensamiento efectúa Ag. JORGE BARREIRO: “los deberes de cuidado secundarios solo pueden entrar en juego en tanto que la expectativa de la conducta ajena conforme al cuidado o diligencia objetivamente debida llegue a ser desvirtuada por las circunstancias concretas relacionadas con la situación o la persona”, correspondiendo al mismo autor la idea según la cual “el cometido principal del cirujano requiere una total concentración en el ejercicio de la adecuada técnica quirúrgica, y (...) sería peligroso para el paciente que el cirujano no pudiese confiar algo secundario - como el recuento de material utilizado en la operación- en las enfermeras o personal técnico sanitario”, *La imprudencia punible*, pp. 133 y 156.

qué implicar un deber de vigilancia constante⁶⁶¹. Así, por ejemplo, en el caso del abandono de instrumental quirúrgico en la cavidad abdominal de un paciente durante la realización de una cirugía, puede decirse que aunque el conteo del instrumental hace parte de las funciones del personal auxiliar⁶⁶², entre los deberes de cuidado del cirujano está la incorporación de rutinas

⁶⁶¹ A partir de lo variables que pueden ser los deberes de control de riesgos en cuanto al momento de su puesta en práctica y a su periodicidad, si bien en un contexto distinto, GIMBERNAT propone diferenciar controles en origen y controles posteriores (clasificación que se relaciona con el momento de la generación del riesgo), y respecto a los segundos propone diferenciar a su vez los controles que deben realizarse con carácter permanente, los controles periódicos y los facultativos. “Causalidad, omisión e imprudencia”, pp. 46 a 53.

⁶⁶² El TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la responsabilidad por olvido de instrumental quirúrgico en el cuerpo del paciente después de una cirugía, asignándole competencias en unos casos al cirujano y en otras al personal auxiliar.

En STS del 15 de diciembre de 1953 (Mg. EIZAGUIRRE) se dijo que es función del cirujano el conteo del instrumental quirúrgico: “...*al margen de la habilidad y aciertos técnicos indiscutidos del cirujano incurrió éste en una omisión grave al no proceder, con la debida diligencia, al recuento del material empleado*”.

La STS de 16 de enero de 1961 (Mg. GARCÍA G.), respecto a la intervención de quienes participan en el procedimiento quirúrgico, dice que “... *son actos distintos y no incompatibles realizados por diferentes personas, obrando cada una de ellas dentro de su peculiar cometido, y la posible falta o negligencia en que incurra un auxiliar o ayudante en el desempeño de su misión, no empecé a que el cirujano, director del equipo, realizase la operación con consciencia y eficacia, ajustándose a las más rigurosas normas de la deontología y de la técnica médica...*”; con dicha argumentación se absolvió al cirujano, reconociendo que no es su función el conteo del instrumental quirúrgico, pero sin pronunciarse sobre su deber de implementar rutinas de control.

La sentencia del 5 de marzo de 1965 vuelve por la senda de imputar responsabilidad al cirujano por el conteo incompleto del instrumental quirúrgico; en este caso se planteó la necesidad de terminar rápidamente una cirugía por el sangrado masivo de la paciente. Al cirujano se le reprochó el no conteo del instrumental, y la no revisión posterior de la paciente para constatar que no se hubiera olvidado material quirúrgico en su abdomen: “... *una cosa es que la realidad operatoria impusiera el cierre de la cavidad abdominal de la enferma, y otra muy diferente es que admite que no hubiera posibilidad alguna de efectuar o tratar de efectuar la revisión de la cavidad para eliminar el material quirúrgico existente, y al parecer abundantemente usado, pues la sentencia no presenta en forma alguna la forzosa alternativa que el recurso pretende suscitar en vía de defensa del recurrente,..., en este caso lo que únicamente aparece es una falta de atención,..., al omitirse una medida de precaución postoperatoria...*”.

En la sentencia del 17 de noviembre de 1987 (M.P. MONER) no se planteó siquiera el problema de la distribución de funciones, atribuyendo al cirujano la responsabilidad por el conteo del instrumental quirúrgico: “... *el resultado producido no puede tener otra causa que la omisión totalmente negligente y reiterada del procesado que, en primer término, concluida la intervención quirúrgica efectúa un recuento mental del instrumental..., sin percatarse de que había abandonado en el campo operatorio una compresa...*”. RA 8532.

de indagación a los auxiliares sobre el conteo del instrumental antes de proceder al cierre de la cavidad. La omisión de la medida de control hará responder al cirujano, junto con el auxiliar, de las lesiones que deriven de la presencia en el interior del organismo del elemento olvidado. Más adelante se verá a qué título.

Como consecuencia del desarrollo del principio de confianza se debe tener en cuenta que a partir del momento en que el yerro del inferior es percibido, o por lo menos se torna perceptible, el superior debe actuar enmendándolo o dando las instrucciones adecuadas para neutralizar el riesgo generado por esa actuación errónea del inferior. Si la propia actuación del médico se torna especialmente peligrosa debido a la imprudencia del auxiliar o subordinado, sin que se puedan neutralizar ambos riesgos a la vez (el de suspender la prestación médica concreta que está ejecutando el cirujano, o el de no hacer cesar los efectos derivados de la actuación imprudente del auxiliar), el deber de cuidado obliga a neutralizar el riesgo que en el caso concreto se presente como más comprometedor para la salud del paciente.

La forma como se hubieran debido neutralizar los riesgos en la situación concreta obliga al juez a valorar la entidad y el curso de los procesos de riesgo concurrentes, sin perder de vista que la caracterización efectuada del principio de confianza permite entender que siempre que se advierta o se deba advertir la realización de una actuación de riesgo por parte del co-interviniente, deben adoptarse correctivos para evitar que la propia conducta coadyuve al desarrollo del proceso de riesgo derivado de la prestación errónea del otro actor.

A quien como médico trata a una persona, parece posible imputarle un deber no solo de abstenerse de coadyuvar con su actuación a incrementar el proceso de riesgo generado por quien ha fallado en su prestación, sino además de neutralizarla. No hacerlo podría generar responsabilidad. Al título al que hubiera de hacerse dicha imputación, se dedicarán las líneas siguientes.

2. Los efectos de la propia imprudencia sobre la responsabilidad de los cointervinientes

La concurrencia de una pluralidad de actuaciones de personas diversas durante el tratamiento de un paciente como consecuencia de la división del trabajo puede propiciar que sucesivas actuaciones imprudentes concurren a la producción de un resultado lesivo, independientemente de que se desplieguen en virtud de relaciones de coordinación o de subordinación funcional.

La jurisprudencia ha asumido una línea facilista, consistente en atribuir el carácter de autores, sin matizar si directos, accesorios, o de alguna otra clase, a todos los que hayan ejecutado una actuación imprudente que de alguna manera haya determinado la ocurrencia del resultado, asumiendo en la práctica un concepto unitario de autor; y atribuyendo por igual el resultado al generador inicial del proceso de riesgo y a los actores posteriores a él, sin ninguna consideración ni a la entidad de la aportación, ni a los efectos de la actuación ulterior que hubiera debido neutralizar el riesgo.

Así se advierte por ejemplo, en casos como el analizado en la STS de 11 de junio de 1982 (Mg. HUERTA) de un laboratorista que envió a la sala de recuperación sangre de un grupo incompatible con el de la paciente a transfundir. En tal caso, se absolvió al cirujano (ginecólogo) por su falta de competencias en la determinación de la compatibilidad de la sangre a transfundir con la del paciente; pero, atribuyendo esas competencias al laboratorista y al anestesiólogo, se les condenó a ambos como autores de la muerte, sin ninguna alusión, por ejemplo, a su posible calidad de coautores. La culpa del primero se radicó en haber enviado al quirófano sangre de un grupo incompatible; en tanto que al anestesiólogo se le imputó incumplir la normativa administrativa que “subordinaba” la práctica de cualquier transfusión normal sanguínea y suministro de sangre a la prueba cruzada y recomprobación del grupo de la paciente”. Dice la sentencia:

“...el origen y causa de tan trascendental error y donde empieza el nexo causal está en la determinación del grupo sanguíneo efectuado por el analista procesado,..., quien determinó que el grupo sanguíneo de la enferma era el A –Factor RH Negativo-, por lo que al aplicarle o realizarle una transfusión de 300 c.c. de sangre de ese grupo por orden del anestesista-reanimador, también procesado..., con el fin de elevar el tono vital y mejorar el estado postoperatorio, sin comprobar por ningún medio ni personalmente, ni por persona alguna el grupo sanguíneo que verdaderamente correspondía a la enferma, se producen las reacciones propias de la incompatibilidad con la sangre de la enferma que se describen ... y cuyos síntomas hubiera apreciado si como tal reanimador hubiere seguido observado a la paciente después de ordenada la transfusión...”⁶⁶³.

⁶⁶³ Similar es el supuesto de la STS de 13 de octubre de 1981 (Mg. GÓMEZ DE LIAÑO), en la que se condenó a una matrona y a un anestesiólogo. A la primera, porque al “leer la ficha” confundió un grupo sanguíneo con otro; y al segundo, porque “no comprobó personalmente el grupo sanguíneo que correspondía a la enferma”.

Esta sentencia evidencia la postura jurisprudencial ya referida, de imputación genérica de la condición de autor a todos los que hayan infringido un deber de cuidado que haya sido determinante de la aparición del resultado típico, lo que en la práctica comporta asumir un concepto unitario, y prácticamente ilimitado, de autor.

Frente a esta postura doctrinal, resulta razonable entender que la responsabilidad que se pudiera atribuir a un primer actor imprudente exige indagar si algún cointerviniente en la actuación global de riesgo estaba llamado a neutralizarlo, y podía hacerlo; y a establecer los efectos jurídicos de ello.

El principio de confianza en virtud del cual quien actúa en una situación en que se le permita confiar, no debe responder por no haber adoptado medidas de neutralización del riesgo generado por otro, que normalmente habrá realizado una conducta precedente, pero que también podría haber realizado una concomitante a la suya, ofrece una primera pauta de solución del problema. Como se ejemplificó en su momento, quien no tenga razones para sospechar que la desinfección del instrumental quirúrgico ha sido deficiente, puede confiar en la corrección de la actuación precedente, y en que no se debe desplegar ninguna actuación suya orientada a neutralizar los riesgos generados por el co-actor en la situación de riesgo.

Sin embargo, el problema que se quiere solucionar trasciende el ámbito del principio de confianza, pues la determinación de responsabilidades penales puede variar cuando el segundo actor advierte o ha debido advertir lo erróneo de la actuación de quien desplegó materialmente el riesgo, debiendo por ello ejecutar actuaciones orientadas a neutralizar la peligrosidad derivada de una actuación anterior o concomitante a la suya; es decir, que se debe indagar por los efectos de la omisión de medidas de neutralización por parte de quien actuó posteriormente, y debía adoptarlas.

Cuestiones de este tipo no son extrañas a la doctrina y la jurisprudencia, que en ámbitos ajenos al del ejercicio de actividades distintas a la médica han pretendido resolver los problemas que genera para el causante de una actuación dolosa o imprudente la ocurrencia de una falla médica ulterior, con los instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva,

como la atribución del hecho a una esfera de responsabilidad ajena⁶⁶⁴, perspectiva que a su vez algunos autores consideran desarrollo del principio de confianza⁶⁶⁵.

Y aunque en estos casos es indudable que la actuación del generador del riesgo ilícito inicial está vinculada causalmente con el resultado, no parece que ello sea suficiente para la atribución jurídica de éste. En otras palabras, si el ordenamiento jurídico impone a una persona neutralizar un riesgo, la atribución de dicho resultado a quien materialmente lo desencadenó requiere una fundamentación que trascienda el argumento de la causalidad, y que valore los efectos de las actuaciones salvadoras esperadas por el ordenamiento jurídico, así como sus efectos.

El TS ha analizado algunos casos de falla médica posterior a actuaciones de riesgo realizadas por un tercero ajeno al ámbito médico, por ejemplo, en la STS de 6 de julio de 2006, la que tiene un efecto relativo para lo que aquí interesa dada la absolución por falta de pruebas sobre su autoría de los hechos de quien se procesó como agresor inicial doloso, cuya actuación obligó a brindar asistencia médica a la mujer herida; sin embargo, aunque al final la víctima falleciera, el procesado como agresor lo fue por una tentativa de homicidio y no por un homicidio consumado, ya que la muerte fue atribuida en la sentencia de instancia a la atención médica, decisión que no pareció cuestionar el TS.

En este caso, más allá de las razones por las cuales absolver al agresor inicial, llama la atención el efecto que se confiere a la gravedad de las lesiones iniciales y a la posibilidad de muerte de la paciente por causa de ellas. Como se señaló en otro momento en que se mencionó esta sentencia, la responsabilidad del médico se deriva de haber mantenido en observación a la paciente, mientras padecía un sangrado activo de la vena porta, como consecuencia de la agresión dolosa inicial, que fue el factor causante de su muerte. La STS

⁶⁶⁴ Considera ROXIN que en este contexto el grupo de casos “más difícil y menos aclarado... es aquél en que la víctima solamente lesionada por el autor inicial muere a causa de un fallo médico”, *DP, PG*, prg 11, nro. 108, p. 400.

⁶⁶⁵ En esta línea se inscribe el trabajo de MARAVER GÓMEZ: “El principio de confianza, como criterio complementario, sirve para precisar el alcance de esos deberes positivos y para declarar que, con carácter general, cuando no se impone un deber de cuidado concretamente referido a la actuación de terceras personas, es posible establecer una delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad”, *El principio de confianza en Dp*, p. 278; sugiriendo así la existencia de todas maneras de limitaciones al principio en los casos en que se conserva alguna responsabilidad sobre el riesgo; cuestión que se tratará más adelante.

reconoce que cirugías como la que se debió realizar a la paciente tienen un índice de mortalidad del 85 al 90%, lo que sirvió para calificar la actuación del médico como una falta.

Y esto último genera un interesante problema de atribución del resultado, que se concreta en el tratamiento a dispensar a quien tras su actuación obliga a operar a una persona, mediante una cirugía de la que, en casos como éste, existe hasta un 90% de posibilidades de salir sin vida. En esa situación al agresor inicial, es decir, a quien pone al paciente frente a un riesgo de muerte del 90% se le imputa una tentativa, y al médico que no detectó la lesión de un vaso sanguíneo se le imputó el resultado de muerte, aunque calificando el hecho de falta, justamente por el alto riesgo de muerte asociado a la lesión que obligó a su intervención. La falla médica, aun en las condiciones referidas, se consideró un factor de ruptura del nexo de imputación entre la actuación inicial de riesgo desaprobado y el resultado⁶⁶⁶.

Con este antecedente jurisprudencial a la vista, se revisarán a continuación las propuestas doctrinales de solución al problema de la responsabilidad del generador del riesgo inicial, ajeno al ámbito médico, cuando tras su actuación sobreviene una falla profesional, en

⁶⁶⁶ Otras SsTS que se ocupan de este mismo problema, lo ciñen de manera cuestionable a una perspectiva causal. Así por ejemplo, la STS de 30 de abril de 1979 (M.P. GÓMEZ DE LIAÑO) señala, en general, que las fallas médicas son previsibles, lo que impide “romper” la imputación al causante de un accidente de tránsito, si posteriormente ha habido una falla médica, como la que en la misma STS se declara que hubo de parte del médico de guardia: *“para que pueda darse esta posibilidad de ruptura, es necesario que el evento repudiado y sancionado por la norma cultural del ente social no sea susceptible de previsibilidad en la conducta que se ve interferida y como en el caso concreto..., es previsible la falta de asistencia médica o incluso la curación defectuosa como concausas del resultado de la muerte por tratarse de una colisión de vehículos de motor, puede declararse la inexistencia de ruptura del nexo o relación causal”*.

En un segundo pronunciamiento sobre la cuestión, en la sentencia de 18 de febrero de 1991 (M.P. GARCÍA PÉREZ), la situación es distinta en la medida que se considera que el tratamiento médico fue adecuado: *“Queda abierta en el ‘factum’ la posibilidad de que el tratamiento medicamentoso implantado a raíz de las lesiones..., actuara cual factor de la hemorragia, pero en modo alguno se desprende de la exposición de hechos probados que ese tratamiento fuera inadecuado. Consiguientemente no cabe apreciar una desviación del curso causal”*.

Supuestos como el de la STS de 26 de noviembre de 2008 (Mg. BERDUGO) no explicitan el problema. En este caso, para consumar un hurto se acometió gravemente a un hombre de 69 años de edad, aunque de aparente buena condición física, quien tras recibir atención médica y ser hospitalizado cuatro días, fue dado de alta, reingresando al hospital al día siguiente cuando se le detectó un hematoma subdural y una hemorragia subaracnoidea que le produjeron la muerte seis días más tarde. Esta sentencia, dentro de un proceso seguido contra el agresor inicial, no se ocupa, por no habersele de la responsabilidad de los galenos por la muerte, al no haberse planteado la ruptura de la imputación al agresor inicial por la eventual falla en la actuación médica.

el entendimiento de que las soluciones dadas a esta cuestión permitirán vislumbrar elementos de juicio aprovechables para los casos en que las actuaciones de riesgo se desplieguen por profesionales de la salud.

a. Soluciones doctrinales al caso de riesgo desaprobado inicial generado por un tercero y falla médica ulterior

Los criterios básicos de solución por la doctrina del problema anunciado, se expondrán a continuación. Ellos obligan a matizaciones o a reconocer que la solución correcta puede depender de variables que en ocasiones no se tienen en cuenta por la generalización del concepto adoptado por cada uno de ellos.

i) El criterio de la gravedad de la imprudencia del médico

Sobre la atribución del resultado a un ámbito ajeno al del agresor inicial generador de un riesgo desaprobado, en los casos de error médico posterior, ROXIN propuso analizar si dicho error desplazaba el proceso de riesgo desaprobado creado por el primer actor, lo que se determinaría según la entidad del error médico. El referido desplazamiento se produciría cuando se tratara de una imprudencia grave (temeraria es la expresión que proponen sus traductores) del profesional; en este caso, solo al médico podría imputársele el resultado. Este autor propone esta solución, enunciando otras alternativas teóricas, cuyo análisis ayudará a la presentación y desarrollo del problema. Dice el Prof. alemán que:

“... incluso si la víctima muere de la lesión que se le ha infligido porque el médico no la trata, o no suficientemente, frente a la concepción mantenida por Rudolphi, Jakobs, Schünemann y W. Frisch -con ciertas diferencias- hay que decir que no es adecuado imputar sin más el resultado al primer causante. Por el contrario, en estos supuestos puede ser fructífera la opinión concurrente que quiere excluir la imputación al primer causante en caso de imprudencia temeraria del médico. Si la imprudencia del médico, que no consigue detener el curso mortal de la lesión se mueve por debajo del dintel de la temeridad, ciertamente no se podrá decir que la muerte cae exclusivamente en la esfera de responsabilidad del médico pues aquí concurren dos conductas imprudentes

aproximadamente del mismo peso y ambas se han realizado en el resultado. Por eso es correcto castigar a ambos por homicidio imprudente”⁶⁶⁷.

Esta solución no parece satisfactoria. En primer lugar, porque condicionar la responsabilidad del generador del riesgo inicial a la intensidad del alejamiento por el actor posterior de las pautas de actuación establecidas respecto a él hace de la responsabilidad del primero una cuestión aleatoria, dependiente de variables fortuitas; además, y en segundo lugar, porque infracciones leves del deber de actuación pudieran resultar determinantes de la ocurrencia del resultado; o a la inversa, infracciones graves de dichos deberes pudieran no ser, a pesar de ello, factores condicionantes de la ocurrencia del resultado.

Como se verá más adelante, la responsabilidad del tercero debe quedar condicionada más bien por la imposición a él de un deber de ejecutar actuaciones orientadas a la evitación del resultado, y a la existencia de unas condiciones que le permitan la efectiva evitación del resultado.

En tanto el ordenamiento jurídico imponga a un tercero la realización de conductas salvadoras para el bien jurídico, y su ejecución sea posible, el incumplimiento de dicho deber generará, desde el punto de vista normativo un nuevo riesgo, cuya capacidad de incidir en la responsabilidad penal de un tercero no tiene por qué depender de la magnitud del alejamiento de las pautas del buen obrar profesional impuestas por el ordenamiento jurídico a quien mediante la idónea realización de la conducta salvadora que de él esperaba el ordenamiento jurídico, hubiera podido asegurar la indemnidad del bien jurídico⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ ROXIN, *DP, PG*, § 11, nro. 110, pp. 401, 402.

⁶⁶⁸ En este sentido, REYES: “Una predominante parte de la doctrina, así como la doctrina prevalente en Alemania, se inclinan por diferenciar entre errores posteriores de comportamiento graves y leves por parte de los terceros intervinientes en el desarrollo del suceso, para, con base en ello, imputar objetivamente el resultado al primer autor, cuando el tercero haya cometido un error que pueda considerarse como leve, y exonerarlo de responsabilidad cuando el facultativo haya incurrido en un error de carácter grave... La forma correcta de determinar si el daño penalmente relevante debe serle objetivamente imputable al primer autor o al tercero que se comporta en forma culposa, es mediante un análisis de cual de los dos riesgos jurídicamente desaprobados fue el que se realizó en el resultado para lo que debe recurrirse a determinar cuál de las dos conductas reprobables es la que permite explicar la lesión del bien jurídico”, *Imputación objetiva*, 3 ed., pp. 367, 368.

ii) El criterio de la omisión

Otros autores han entendido que la posibilidad de atribuir el resultado al profesional médico que intervino al paciente después de la existencia de un riesgo inicial, dependerá de la posibilidad de atribuirle a éste una omisión, de manera que él se limitara a permitir el desarrollo del proceso de riesgo inicial.

RUDOLPHI, por ejemplo, condiciona los efectos que para el actor inicial tenga la actuación ulterior de un tercero al carácter comisivo u omisivo de ésta, entendiendo que en el segundo caso, habrá una realización material del riesgo desaprobado inicial⁶⁶⁹. Sin embargo, esta vía argumental tiene el problema de entender la omisión desde un punto de vista meramente naturalístico, como un dejar transcurrir el proceso de riesgo inicial; como si ella no estuviera vinculada, al menos en el caso de las omisiones impropias, a un deber de evitación del resultado. De la manera propuesta por RUDOLPHI, la identidad entre comisión y omisión impropia, en virtud de lo cual la no evitación del resultado por parte de quien tiene un específico deber de salvaguarda del bien equivale a la causación desaprobada del mismo, perdería sus efectos⁶⁷⁰.

Esta propuesta, en la práctica termina postulando la no atribuibilidad de riesgo alguno a la omisión, lo que contraría todas las propuestas de atribución de responsabilidad en la omisión impropia.

⁶⁶⁹ “Sin embargo, si se aplica el principio de confianza, entonces debe diferenciarse, según esto, si el tercero, por ejemplo el médico, causó el segundo daño por medio de un actuar activo, o si simplemente omitió rechazarlo. En el primer caso debe imputársele el segundo daño solo al tercero. En este caso, también le es objetivamente imputable al primer causante del daño el segundo daño no rechazado, puesto que la conducta del tercero se limita a no impedir otra realización del peligro no creado por el primer autor contrario al deber, que se realiza también en el segundo daño”, RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, nro. 74, pp. 56, 57.

⁶⁷⁰ Críticos también con ese argumento, REYES: “La solución de los casos en que se produce una errada intervención posterior de un tercero no debe ser diversa dependiendo de si la intervención de este último puede ser catalogada como una acción o una omisión”, *Imputación objetiva*, 3 ed., p. 362; MARAVER, *El principio de confianza en Dp*, pp. 305, 306.

iii) El criterio de individualización del riesgo que se materializó en el resultado

FRISCH no descarta la posibilidad de ruptura del nexo de imputación respecto del actor inicial cuando tras su actuación se produce una falla médica. Luego de aludir a la procedencia de imputar en estos casos una acción o una omisión, señala que no se rompe el nexo de imputación cuando las fallas médicas constituyen

“meras matizaciones o modificaciones de la realización del riesgo creado por el autor. Lo cual no solo presupone que el resultado condicionado, entre otras variables, por la conducta (defectuosa) del médico, no sobrepasa al que se habría producido en caso de curso causal natural ‘no frenado’...

Este requisito –al margen de los casos (de) problemáticos del mero omitir- se da también cuando el riesgo no se ve influido por un tratamiento defectuoso ineficaz, o se modifica por medidas insuficientes solo en el sentido de aplazarse las consecuencias. Tratándose de riesgos residuales inevitables conectados al tratamiento adecuado, se da este requisito –asimismo- cuando las medidas de tratamiento indicadas respectivamente determinan antes la producción del resultado (muerte o consecuencia grave) que se cierne como consecuencia de la conducta del autor, en comparación con la no aplicación de estas medidas...”

Y señala más adelante,

“...la situación es distinta cuando las medidas facultativas defectuosas ‘se adelantan’ al riesgo creado por el autor y, mediante la realización de la consecuencia grave, debida a su carácter defectuoso, determinan que no se realice ya el riesgo creado por el autor, sino únicamente el asociado a las propias medidas defectuosas. El peligro de que ocurra algo así ya no es un componente no suprimible mentalmente del riesgo específico creado por el autor”⁶⁷¹.

Como se verá más adelante esta postura en la medida que pretende individualizar el factor que determina la realización del resultado, resulta asumible, pero pone en evidencia la necesidad de precisar una cuestión ya planteada en el apartado II.A.2.a.i) acerca del grado de

⁶⁷¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 461, 462.

concreción que se debe predicar del resultado; y de los efectos que se está dispuesto a conceder a la eficacia evitativa del resultado que hubiera tenido el comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico.

iv) El criterio de la incumbencia conjunta sobre el riesgo

JAKOBS asume una postura según la cual el riesgo incumbe conjuntamente al actor inicial y a quien posteriormente debió neutralizarlo sugiriendo así una responsabilidad conjunta por el hecho. Según este autor:

“Puede también ocurrir que varias personas tengan, una al lado de la otra, la misión de contener un riesgo. Tal es siempre el caso cuando hay que contar recíprocamente con un riesgo ya existente, sobre todo cuando se ha ocasionado por un comportamiento defectuoso”⁶⁷²,

Proponiendo a continuación que la incumbencia conjunta puede darse entre autor y víctima o entre dos o varios autores, y que en este último caso todos serán autores⁶⁷³.

Esta teoría comporta la asunción de un concepto unitario de autor, a la manera de lo que se ha criticado y una renuncia a indagar en clave valorativa por la determinación del riesgo que se realiza en el resultado.

v) El criterio de la injerencia

Finalmente, podría pensarse que el Legislador impone al generador de riesgo ilícito inicial el deber de contener el riesgo, de manera habría de responder en cualquier caso por las consecuencias no neutralizadas por él de ese riesgo ilícito que puso en marcha⁶⁷⁴.

⁶⁷² JAKOBS, *DP, PG*, p. 278, nro. 83.

⁶⁷³ JAKOBS, *DP, PG*, p. 278, nro. 83.

⁶⁷⁴ Así por ejemplo, LASCURAÍN: “Porque somos libres se nos exige que seamos cuidadosos en el uso de esa libertad y que garanticemos además que la misma será inocua para la libertad ajena”, entendiéndose sin embargo, a continuación que los deberes de actuación que de ello se desprenden no son “deberes absolutos de cuidado y de control, cosa que eliminaría precisamente la autonomía del sujeto”, pp. 92, 93.

Frente a esta propuesta de solución podría señalarse que si bien es verdad que quien genera un proceso de riesgo jurídicamente desaprobado puede quedar obligado a neutralizarlo, los alcances de ese deber pueden diferir dependiendo de la situación concreta: desde la neutralización directa hasta la búsqueda del recurso que brindado por terceros permita ese efecto; y en relación con la primera de las posibilidades, el agente puede ser relevado de dicho deber cuando el ordenamiento jurídico imponga a un tercero el deber de neutralización, lo que podría desplazar las responsabilidades del actor inicial respecto a la ocurrencia del resultado; es decir, que la injerencia fundamentaría el deber de neutralización del riesgo, salvo que dicha tarea sea impuesta por el ordenamiento jurídico a un tercero, caso en el cual será la omisión de las medidas salvadoras por parte de éste lo que permita concretar el riesgo que se ha realizado en el resultado.

b. Análisis particular de los criterios de atribución: comisión u omisión del médico e individualización del riesgo que se realiza en el resultado

El problema analizado evidencia las dificultades para diferenciar entre comisiones y omisiones en supuestos limítrofes. En algunos casos el actor ulterior puede generar o introducir un proceso de riesgo distinto al que se había generado inicialmente. En estos casos, cuando el médico, o el agente sanitario en general, introduce un factor de riesgo inexistente con anterioridad a su actuación, debería ser a él a quien se atribuya el resultado.

Ahora bien, pudiera ser que el incumplimiento de sus deberes de actuación, es decir, una omisión de parte del profesional de la salud, pueda ser el factor al cual atribuir el resultado. Si se destaca este último aspecto, que parece una vía adecuada para atribuir la afectación del bien jurídico, resulta posible señalar que la no ejecución de las conductas esperadas por el ordenamiento jurídico a efectos de la salvaguarda del bien, debe considerarse un supuesto de omisión, que impone precisar además, a efectos de la realización del riesgo en el resultado, los alcances del deber de evitación del profesional de la salud que se encuentra con un riesgo preexistente que de manera ilícita ha generado otro sujeto.

Si por el incumplimiento del deber hubiera de atribuirse el resultado, parece claro que se trataría de un supuesto de omisión impropia, que obliga a estudiar entonces el origen del deber de evitación del resultado y la atribuibilidad del mismo a quien estando en condiciones de evitarlo, no lo hace.

i) Las fuentes del deber de evitación del resultado por parte del médico

El problema de las fuentes de los deberes de evitación no es desconocido por la doctrina, que lo ha analizado desde la perspectiva de quien, como garante, omite adoptar medidas salvadoras para el bien jurídico; sin embargo, un sector doctrinal muy calificado⁶⁷⁵ viene sosteniendo que la posición de garante no resulta adecuada como cláusula de equiparación entre la omisión impropia y la comisión, función que sí cumpliría el dominio sobre el proceso de riesgo: para responder por un delito de omisión impropia no sería suficiente tener un compromiso formal que obligue a actuar en salvaguarda de un bien jurídico, sino haber asumido el dominio de la situación de riesgo. Solo en esos casos no desplegar la actuación salvadora del bien jurídico sería equiparable a la lesión del mismo mediante una comisión.

Asumir el dominio de la situación de riesgo debería conducir, según la línea doctrinal que se refiere, a que el bien jurídico quede en una situación de dependencia respecto a la actuación del sujeto llamado a su salvaguarda en virtud de dicha actuación.

El traslado de esta cuestión al ámbito de la medicina ha llevado a plantear que el dominio de la situación de riesgo que representa la enfermedad tendría lugar con el inicio del tratamiento médico; sin embargo, autores como SILVA han entendido que es necesario algo más que ello, que sería una generación de confianza en el paciente que lo lleve a renunciar a la búsqueda de otras fuentes de indemnidad o protección para el bien jurídico.

Para este autor, el fundamento de la equiparación de las omisiones del médico con las comisiones deriva de “la confianza que ésta (en este caso la asunción del tratamiento, se añade) despierta en la víctima. Tal confianza provoca en ellos reacciones consecuentes: el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas”⁶⁷⁶.

Esta teoría tendencialmente correcta afronta algunos problemas básicos: el primero, su difícil aplicación en los casos de pacientes inconscientes que justamente por ello no están en

⁶⁷⁵ Sobre esta teoría, con referencias, GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”; GRACIA MARTÍN, “Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)”; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 359 y ss.

⁶⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, p. 957.

condiciones de depositar su confianza en un médico, o de optar por la búsqueda de otros recursos de protección del bien jurídico; el carácter anónimo, ya mencionado varias veces, de las prestaciones sanitarias en un sistema de seguridad social, en el que la relación ocasional con el médico tratante impide la generación de relaciones de confianza, y en tercer lugar, la definición del papel a atribuir a la injerencia como fuente de equiparación entre comisión y omisión, que impone definir si entre la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la ocurrencia del resultado se puede romper el nexo de atribución jurídica en virtud de la actuación desaprobada ulterior de un tercero.

Incluso aunque la confianza no sea un sentimiento, sino una expectativa jurídica acerca de la idoneidad de la actuación de quien tiene que realizar una determinada prestación en beneficio de otro, fundamentar la equiparación en la situación de confianza en que se halla el paciente respecto a la prestación a recibir, obliga a entender que hay personas obligadas a ese deber de prestación en determinados contextos, de los que no pueden sustraerse voluntariamente.

En esa medida, existen deberes de actuación cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad por omisión impropia, cuando el actor llamado jurídicamente a efectuar la prestación se muestra renuente a cumplir con ello en contra de lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Si la confianza no es un sentimiento sino una expectativa establecida por el ordenamiento jurídico en relación con determinados sujetos, parece necesario atribuir un deber de salvaguarda, que haga responsable de una omisión impropia a quien en determinada situación ha debido actuar conteniendo el riesgo derivado de una lesión o de un trauma, por ejemplo por hallarse de turno en un servicio de urgencias al que es conducido el paciente, y que por temor al compromiso legal que pudiera generarle la evolución hacia la muerte de las lesiones o de la enfermedad muy grave que padece el paciente, opta por eludir el inicio del tratamiento correspondiente. En casos como éste resulta razonable predicar la equiparación entre la no actuación y la comisión, si además de ello se reúnen los requisitos a que se hará alusión a continuación; pues la posición del médico generaba en el paciente la confianza, se repite no como sentimiento, de que contaría con la atención que permitiera la salvaguarda de su salud, o al menos que recibiría el tratamiento que le ofreciera la expectativa de recuperación, criterios éstos que como se verá a continuación han propuesto autores como LUZÓN PEÑA para el ámbito de la imputación del resultado en la omisión impropia.

ii) La atribución del resultado en la omisión impropia

Pero además de la dependencia en que se debe hallar el bien jurídico respecto al llamado a actuar, para poder predicar la equiparación entre comisión y omisión impropia se requiere aun de la concurrencia de otros elementos, en particular de los atinentes de la atribución del resultado al omitente. LUZÓN PEÑA, por ejemplo, señala que la referida equiparación solo se dará cuando la omisión de quien en la situación concreta debía actuar en salvaguarda del bien jurídico, genere o incremente sustancialmente el riesgo de lesión:

“Hace ya algún tiempo que Gimbernat ha venido manteniendo que la omisión equivale exactamente a la causación activa del resultado y, por tanto es comisión directamente subsumible en el tipo correspondiente cuando *la propia omisión crea el peligro* para el bien jurídico, pues entonces hace lo mismo que la causación activa del resultado. Yo mismo me he pronunciado en varias ocasiones a favor de este criterio y he añadido que también puede haber comisión por omisión no solo cuando la omisión misma crea o aumenta el peligro, sino además cuando aumenta un peligro preexistente, es decir, cuando crea de modo decisivo más riesgo. Esto último debe entenderse del mismo modo que he explicado el aumento del peligro en los casos de comisión activa: cuando haya una situación previa de un cierto riesgo, pero genérico o controlado, y la omisión misma sea la que incremente ese peligro de modo decisivo o determinante, la que aumente su gravedad, convirtiéndolo en un peligro concreto o provocando su descontrol”⁶⁷⁷.

Sobre la base referida, este planteamiento propone que no existiría autoría cuando quien omite no determina un incremento sustancial del riesgo, desestabilizándolo; lo que también significa imputar una omisión impropia

“cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro, o que, dada su función social absolutamente normal y habitual o específica para eso, si hay un cierto peligro abstracto (o incluso concreto), socialmente y normativamente se considere ese peligro

⁶⁷⁷ LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, p. 82.

como perfectamente controlado, o incluso conjurado o prácticamente inexistente mientras -y solo con que- el sujeto cumpla su función normal o específica”⁶⁷⁸.

Esta propuesta ofrece un aporte relevante para establecer la equiparación entre comisión y omisión impropia, relativa al dominio sobre el proceso determinante de la ocurrencia del resultado, que resulta materialmente satisfactorio en cuanto permite entender que una omisión puede desestabilizar un riesgo y que en tal caso, a ella puede atribuírsele el resultado que materialmente ha sido desencadenado por otro.

Si estos planteamientos se aceptan como razonables y válidos es posible afirmar que no se advierten razones de suficiente entidad para admitir que la ruptura del nexo de imputación que hubiera de reconocerse al causante del riesgo inicial en virtud del error médico ulterior, dejen de operar si el generador del riesgo inicial es otro profesional de la salud, ora un médico, ora una persona que cumpla funciones auxiliares. Esta solución es impuesta por los criterios determinantes de la realización del riesgo en el resultado, sin que alcancen a oponerse efectivamente a ellas ideas tan cuestionables como las relativas a la imposibilidad de invocar el principio de confianza por parte de quien con anterioridad ha infringido un deber de cuidado a su cargo.

De ello se deriva que el deber de contención de riesgos de un primer profesional, no opera ilimitadamente, pudiendo por el contrario resultar limitado por la existencia de deberes radicados en cabeza de otros integrantes del equipo médico. Jurídicamente, pueden ser esos

⁶⁷⁸ LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión”, p. 83.

En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ. “... la suma de una obligación específica de actuar más una omisión de intervención en amparo del bien jurídico no produce una identidad con la comisión activa y, por tanto, tampoco una comisión por omisión”, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión”, p. 168.

En el ámbito de la responsabilidad por el producto PAREDES CASTAÑÓN ha señalado la posibilidad de utilizar las referidas líneas argumentales para imputar autoría a los omitentes con poder de dirección en la cadena de producción, siempre que “los sujetos hubiesen creado con su omisión (mejor: con su falta de vigilancia sobre las actividades de los restantes intervinientes) un incremento del riesgo -un incremento del peligro concreto que para la salud o la vida representa el producto defectuoso-; no bastando con la ausencia de reducción o con la no eliminación del riesgo ya existente. Y, en segundo lugar, tal incremento del riesgo debería haber sido sustancial, tan sustancial como para poder ser calificada (sic) de determinación del hecho”, PAREDES-RODRÍGUEZ, *El caso de la colza*, pp. 172-173.

terceros los llamados a neutralizar el riesgo⁶⁷⁹, y cuando se constate un deber así radicado en cabeza de terceros, con frecuencia será a ellos a quienes se atribuya la realización del riesgo en el resultado.

c. Conclusión provisional

De la búsqueda de criterios materiales de equiparación entre los conceptos referidos, se derivarían varias conclusiones: la primera, la caracterización de la autoría a partir del dominio sobre el proceso de riesgo que se materializa en el resultado⁶⁸⁰; la segunda, la posibilidad de que una persona que ostenta posición formal de garante, entendida como un compromiso abstracto de actuación en beneficio del bien jurídico en los casos de lesión de éste, responda como cómplice si su omisión es materialmente equiparable a un acto de cooperación: ello se daría en los casos en que la actuación esperada y no desplegada hubiera dificultado la materialización de la lesión del bien jurídico, pero sin impedirla⁶⁸¹; la tercera, que es posible que quien despliega o pone en marcha un proceso de riesgo que se vincula causalmente a un resultado, no sea tenido por autor si tras la suya el ordenamiento jurídico espera que la actuación de un tercero neutralice o contenga el riesgo inicial, y se comprueba que en efecto esa conducta hubiera podido lograr ese objetivo.

⁶⁷⁹ En palabras de MARAVER, “en principio, no existe un deber de controlar aquello que debe controlar un tercero”, *El principio de confianza en Dp*, p. 274; cuestión que se exceptuaría en los casos en que subsiste alguna responsabilidad por el desarrollo del riesgo, aun frente a la existencia de terceros que deberían neutralizarlo. Este autor formula un criterio general según el cual “con carácter general, cuando no se impone un deber de cuidado concretamente referido a la actuación de terceras personas, es posible establecer una delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad, p. 278. Aquí se considera que el deber de neutralización radicado en cabeza de otros miembros del equipo médico permitiría romper el nexo de atribución en relación con el generador inicial del riesgo.

⁶⁸⁰ Lo que permitiría entender que tampoco los delitos de omisión deban definirse como delitos de infracción del deber. Sobre la discusión respecto a este punto, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, pp. 49 y ss.

⁶⁸¹ En este sentido se han manifestado autores como LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, p. 85; PORTILLA CONTRERAS, “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, pp. 464, 465; o ROBLES PLANAS, “La decisión sobre la calificación de un hecho como de autoría o de participación dependerá del valor de la omisión para el conjunto del hecho”, *Garantes y cómplices*, p. 74.

La propuesta de definir el deber de actuar como barrera de contención del riesgo en un caso específico, definida en función del inicio efectivo del tratamiento o de la confianza del paciente en la idónea actuación del médico resulta problemática en los casos en que el ordenamiento jurídico impone al profesional el deber de actuar a la manera de barrera de contención. En esa medida, la confianza no se apreciaría como un sentimiento, sino como la expectativa de actuación que jurídicamente puede tener el paciente en relación con el profesional de la salud.

d. Efectos para la atribución de responsabilidad a los distintos cointervinientes

En consonancia con lo anterior, la posibilidad de una imputación conjunta o individual del resultado a quienes se encuentran vinculados por relaciones de superioridad jerárquica está condicionada por la conjunción de dos variables fundamentales. De una parte, por los efectos del principio de confianza en el caso concreto, teniendo en cuenta que la limitación que se pretende imponer a éste, al manifestar que no puede ampararse en él quien haya infringido un deber de cuidado, no puede ser una regla general, ni permite afirmar que en el caso de varios intervinientes sucesivos hayan infringido el deber de cuidado, todos deban responder por la lesión del bien jurídico; y de otra, en relación con esto último, de la existencia en cabeza de alguno de los actores de un deber de contención o de neutralización de riesgos.

En esa medida, y dado que la imputación de responsabilidad por la ocurrencia de un resultado de lesión o de muerte exige una constatación *ex post* del desarrollo del proceso de riesgo que se materializó en el resultado, si se comprueba que la actuación u omisión ulterior de un médico desestabilizó el riesgo preexistente, constituyéndose en el factor al que ha de atribuirse jurídicamente el resultado, deberá ser a ese tercero a quien se impute la afectación del bien jurídico.

Por supuesto que en todos estos casos, además del vínculo de imputación del resultado, la responsabilidad quedará condicionada por los restantes elementos de la tipicidad imprudente y omisiva: es decir, el riesgo generado por el inferior debería ser cognoscible para

el superior, debería existir capacidad de acción, y a la posibilidad de salvación del bien jurídico con el comportamiento ulterior, etc.⁶⁸².

En el ejemplo ya propuesto del cirujano que al recibir el instrumental quirúrgico, advierte sus deficientes condiciones de asepsia, y decide operar con él, derivándose de ello una infección del paciente, deberá responder de tal lesión como autor; pues habiendo asumido el dominio sobre el riesgo derivado del empleo de dicho material, que estaba llamado a neutralizar, lo dejó liberado de control materializándose por ello una afectación del bien jurídico: su deber de actuación le impone entonces adoptar las medidas necesarias para que un material posiblemente séptico no infecte al paciente.

Respecto al actor inicial, quien no desinfectó adecuadamente el material, la doctrina tradicional plantea una idea sencilla: como de su parte hubo una infracción al deber de cuidado, ello lo inhibiría de invocar el principio de confianza; por lo que al derivarse la afectación del bien jurídico de una actuación imprudente suya debería responder de la misma en condición de autor al igual que quien intervino después y no neutralizó el riesgo generado por él.

Esta solución en lo que al actor inicial (desde el punto de vista temporal) respecta, es muy cuestionable: en primer lugar, porque negar la operancia del principio de confianza a quien obra ilícitamente comporta una forma de *versarismo* que el Derecho penal no debería aceptar; en segundo lugar, porque al desatender la relevancia jurídica de la actuación posterior, entiende el proceso de la realización del riesgo en el resultado de forma meramente naturalística, bastando para la imputación del resultado a la actuación imprudente la relación causal y no un proceso de auténtica realización normativa del riesgo en el resultado.

Por ende, si una actuación precedente ilícita debe ser neutralizada por la intervención posterior ajustada a derecho de otro actor, la imputación de responsabilidad al primero de los intervinientes debería hacerse en el peor de los casos a título de complicidad imprudente

⁶⁸² “La condena por un delito omisivo de imprudencia requiere, además de la posición de garante, la previsibilidad y evitabilidad, objetivas y subjetivas, de la producción del daño. El agente debe haber tenido, en su actuación, la posibilidad de conocer las exigencias de acción derivadas de su posición de garante y comportarse de acuerdo con ellas. Y también debe estar en situación de, conforme a sus capacidades personales, ver y atenerse a sus deberes impuestos penalmente”, HASSEMER, en HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto*, p. 168.

(siempre que no se exija de la participación imprudente que exista decisión de contribuir al proceso de riesgo desaprobado que ha de atribuirse al autor), pues dicha actuación ilícita, aparte de lo naturalístico, no habrá determinado la afectación del bien jurídico, como sí lo habrá hecho la actuación comisiva u omisiva del ulterior interviniente, que estando en condiciones de neutralizar el riesgo desplegado en un primer momento por otro y debiendo hacerlo, no lo hizo. La complicidad derivaría de la aportación imprudente al proceso de riesgo que imprudentemente también entra a ser dominado por un interviniente posterior, que teniendo el deber jurídico de neutralizarlo, sin hacerlo, desestabilizó el riesgo, lo que permitirá imputarle el dominio sobre el riesgo y con ello la condición de autor.

La afirmación de que la actuación inicial no es la que se realiza en el resultado está asociada entonces al deber que se impone al interviniente posterior de neutralizar el riesgo, o por lo menos de realizar las actuaciones necesarias para ello. En este contexto deberá analizarse la idoneidad esperada de las maniobras de salvamento del bien jurídico o de neutralización del riesgo para enervar la potencialidad lesiva del riesgo inicial: si las conductas indicadas con ese objeto son desplegadas y el objetivo no se alcanza, parece claro que en tal caso deberá atribuirse responsabilidad al generador inicial del riesgo.

Si en otros contextos la doctrina ha entendido que la actuación errónea de un profesional de la salud rompe el nexo de imputación del primer actor, cuando tiene la capacidad de desplazarlo por otro distinto, no parece haber razones que impidan afirmar la ruptura de dicho nexo cuando el generador del proceso de riesgo inicial sea también un profesional de salud.

Bien es verdad que la propuesta efectuada genera el problema de la incertidumbre acerca de los efectos que hubiera surtido la actuación no desplegada, en el caso de omisión de las acciones salvadoras. En estos casos la responsabilidad como autor de quien desplegó el riesgo inicial, debería quedar sujeta a la constatación del carácter típico o no de la intervención ulterior: si no se demuestra que esa acción esperada hubiera permitido neutralizar el proceso de riesgo, la atribución del resultado como autor a quien desplegó el riesgo inicial resultaría razonable. En otro caso, no.

En resumen, una actuación comisiva u omisiva ulterior puede impedir la atribución del carácter de autor al generador inicial de un proceso de riesgo jurídicamente desaprobado, si el interviniente ulterior está llamado a neutralizar con su actuación el proceso de riesgo

desplegado por el primer actor. Afirmar lo contrario implicaría asentar el juicio de realización del riesgo sobre una base estrictamente naturalista como la de la causalidad.

La coautoría imprudente a su vez, se dará cuando de manera conjunta los distintos actores, desplieguen y dominen el proceso de riesgo que se materializa en el resultado, o en los casos en que uno de los sujetos a sabiendas de la falta de idoneidad del otro le permite la puesta en marcha del proceso de riesgo.

Casos de este tipo, es decir, de dominio conjunto del riesgo, de quien teniendo un deber de salvaguarda permite la intervención peligrosa de una persona carente de capacitación para el dominio del riesgo, no son extraños a la jurisprudencia, no siempre en supuestos de relación de dependencia funcional, relacionándose varios de ellos con actuaciones de intrusos. Sin embargo, la jurisprudencia ha omitido tratarlos explícitamente al menos como coautores. Así, por ejemplo, la STS de 31 de marzo de 1971 (Mg. CASAS), en la que un farmaceuta y estudiante universitario, permitió que en su farmacia una persona sin formación académica aplicara inyecciones, una de las cuales produjo un shock anafiláctico al paciente y su muerte. Respecto al primero de los sujetos manifiesta la sentencia que:

“No podía ignorar el riesgo cierto y previsible que para la vida de las personas entrañaba el hecho de que carente de título y sin conocimientos indicados se dedicase habitualmente a inyectar, riesgo que asumió cuando acogió en su farmacia al co-procesado, al que anunció como Practicante titulado, lo que era totalmente incierto, y le adiestró para el oficio e intervino... en las percepciones del supuesto Practicante”.

La STS de 28 de febrero de 1983 (Mg. VIVAS), analiza la situación de un intruso que estableció una clínica dermatológica, para cuya administración contrató a una licenciada en medicina que además le ayudó a realizar algunos procedimientos, uno de los cuales, de trasplante de cabello, generó lesiones a la paciente, a la que se le generaron zonas de calvicie donde no volvería a crecerle cabello. Aunque la sentencia no les imputa expresamente la condición de coautores sí destaca que:

“...ambos acusados, concertados, si no para la producción del resultado si para la acción generante del mismo —y en todo caso, igualmente responsables acudiendo a la teoría de las concausas-, se dedicaron, de consuno, con ignorancia e impericia

patentes, a actividades de las que carecía él de toda experiencia y de los necesarios conocimientos, y ella de la indispensable experiencia...”.

3. Análisis de la solución propuesta en casos derivados de la diferenciación de ámbitos de competencia

Se intentará concretar las precisiones anteriores, en las modalidades más usuales de reparto de funciones. Como se destacó, con el paso del tiempo la regla general en la atención de los pacientes es que ésta sea prestada por un equipo de profesionales, con especialidades distintas y niveles de preparación disímiles, que actúan de manera conjunta o sucesiva, y cuya intervención se da mediante mecanismos diversos como la remisión a otros profesionales debidamente individualizados, o la remisión “anónima”, por usar una expresión gráfica, en la que es el sistema de salud el que de manera más o menos aleatoria se encarga de asignar el profesional (médico o auxiliar en las áreas de la enfermería, la fisioterapia, laboratoristas, etc.) que ha de realizar la prestación solicitada por otro. En este último caso, es probable que ni siquiera haya conocimiento personal entre quien ordena una determinada prestación y quien la cumple; y, sin embargo, las actuaciones de cada uno de ellos pueden condicionar la responsabilidad penal del otro.

Adicional a lo anterior, en la prestación de servicios de salud a través del sistema de seguridad social, con frecuencia será difícil hablar de un médico tratante en el sentido de que alguien funja como director o coordinador del tratamiento, pues la remisión entre profesionales determina que cada uno de ellos asuma solo la dirección o ejecución de aquella parte del tratamiento en la que interviene, sin que alcance a conocer la identidad de los otros profesionales, o las actuaciones a realizar por ellos; lo que relieves el papel del principio de confianza como mecanismo de determinación de los deberes de actuación de cada uno de quienes intervienen en el tratamiento.

Pero, incluso en los casos en que exista un médico al que se pudiera calificar de tratante, a cuyo efecto se entiende por tal el director de todo el tratamiento y coordinador de las tareas que se demandan o encomiendan a otros profesionales o al personal auxiliar, dicha condición tiene un efecto relativo, pues existen ámbitos competenciales en los que las funciones de los distintos intervinientes se ejercen con una autonomía apreciable con respecto a las directivas generales que aquél pudiera emitir.

Cada una de estas modalidades de actuación genera problemas distintos en relación con la determinación de la responsabilidad. La cuestión ha sido desarrollada por la doctrina tradicional mediante la diferenciación entre un reparto vertical y otro horizontal de funciones, lo que tiene un valor apreciable como principio de indagación para la atribución de responsabilidades, pero que exige preguntarse por aspectos que los desarrollos doctrinales no siempre destacan en su real importancia, pues con dicha diferenciación no se despejan por completo los problemas atinentes a la responsabilidad de los distintos cointervinientes en el proceso de riesgo.

Con la advertencia entonces acerca del valor relativo de dicho distingo se aludirá a las implicaciones de esas formas de reparto de funciones, para luego establecer los efectos de estos esquemas de reparto funcional en la determinación de la responsabilidad penal de los distintos actores. Como se verá, este esquema supone aceptar que existen ámbitos competenciales propios de los que puede derivarse una responsabilidad autónoma y limitada de quien dentro de ellos incumple sus deberes de actuación, determinando así una afectación del bien jurídico, obligando a indagar cuál de los distintos procesos de riesgo es el que se realiza en el resultado, y si a los distintos intervinientes en el hecho se les puede atribuir una cotitularidad sobre el proceso de riesgo que se materializa en el resultado, a efectos considerarlos codominadores del mismo, y en esa medida como coautores.

En aras de efectuar dicha diferenciación, y sobre la base de algunas situaciones problemáticas, se aludirá a las implicaciones del reparto de funciones para el generador del riesgo desaprobado, y de la forma como ello, y el principio de confianza inciden en la determinación de responsabilidades para dicho sujeto, y para quienes ostenten deberes de neutralización del riesgo.

a. El reparto vertical de funciones

Dentro de esta modalidad de reparto de funciones es conveniente distinguir la existencia o no de ámbitos competenciales autónomos en los inferiores. Sobre esa base se hace el análisis siguiente.

i) Reparto vertical de funciones con autonomía de los intervinientes

Afirmar la existencia de relaciones funcionales de subordinación supone la existencia de un poder de ordenación de la actuación de los cointervinientes; inclusive aunque exista un ámbito competencial propio de las personas que desempeñan un papel auxiliar⁶⁸³; sin embargo, dado que existen competencias autónomas que otorgan a su titular una capacidad de desempeño no dirigido, deben precisarse las actuaciones que pueden comprometer la responsabilidad del personal auxiliar.

En principio, las relaciones entre médicos y personal de enfermería, o personal auxiliar en general, ejemplifican el reparto vertical de funciones; pero existen otras personas cuyas funciones pueden analizarse en este contexto, como serían quienes están en proceso de entrenamiento o instrucción, o quienes son delegatarios de determinadas funciones.

En lo que atañe al personal de enfermería Ag. JORGE BARREIRO, remitiéndose a HANACK, propone diferenciar por lo menos tres ámbitos diversos de funciones: unas de orden general, “que no afectan directamente al trabajo con el paciente o a la colaboración o apoyo respecto a las acciones médicas concretas”; otras, relacionadas propiamente con la asistencia al enfermo, que constituirían “un ámbito propio de las enfermeras, quienes por su formación profesional se dedican a la asistencia médica del paciente”; y finalmente, otras que corresponden a la actividad auxiliar médica “que consiste(n) en la ayuda en las acciones propias del médico: preparar la mesa de operaciones, preparar el instrumental quirúrgico”, etc.⁶⁸⁴.

⁶⁸³ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 147.

⁶⁸⁴ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 149, quien expresa además que en el último de los espacios referidos es donde se presentan las mayores dificultades para legitimar la delegación de funciones propias del médico.

La STS de 3 de noviembre de 1992 (en Repertorio Aranzadi aparece fechada el 13 de noviembre) alude a un caso en que se encomendó a un funcionario la preparación de un equipo de anestesia efectuando la conexión de unos tubos, operación que se realizó de manera inadecuada derivándose de ello la lesión de la paciente; en lo que a las funciones generales de los ATS respecta, manifiesta la sentencia que por “*Orden del Ministerio del Trabajo ... vigilar la conservación y el trato adecuado de la instalación del departamento o de las instalaciones de los respectivos servicios corresponde respectivamente a los Médicos Jefes de Departamento y del servicio de que se trate, sin que por tanto, ... sean aplicables a la procesada que no ostentaba otro cargo que el de ATS*”. Más adelante, al aludir a las funciones que sí corresponden a los ATS se legitima la delegación de la preparación del equipo, pues “*que le correspondiese la preparación y ordenación del material a utilizar por los médicos ... ha de entenderse en el sentido puramente mecánico de tener el material ordenado y preparado para su utilización,*

Esta diferenciación permite afirmar que las funciones correspondientes a los dos primeros grupos, son ejercidas autónomamente por el personal de enfermería, que para su ejercicio no requeriría de directivas u órdenes de los médicos⁶⁸⁵. Y aunque en las actividades correspondientes al tercer grupo parece existir una vinculación directa entre el personal médico y el de enfermería, ello no descarta que también en ese contexto haya espacios competenciales propios, es decir, autónomos, del personal auxiliar, lo que influye en la mayor intensidad de los deberes de supervisión de parte del médico.

De lo anterior se deriva que las expresiones “personal auxiliar” (el género al que pertenece el personal de enfermería) y “personal subordinado” no son equivalentes. Como consecuencia de la división del trabajo, que el personal auxiliar desarrolle sus tareas en función de un mejor resultado del tratamiento médico, no significa que todas sus acciones estén sujetas a instrucciones o directivas de un superior funcional, pues existen actividades en relación con las cuáles ostenta competencias propias que no se derivan ni de delegaciones, ni de autorizaciones del médico, y que son ejecutadas sin ninguna instrucción o directiva de este último.

pero no puede entenderse comprendido en tal deber la (sic) de comprobar el perfecto funcionamiento de todos los instrumentos o aparatos a utilizar en un quirófano, para lo cual, en ocasiones se requieren especiales conocimientos técnicos totalmente ajenos a su cargo..”.

⁶⁸⁵ Un ejemplo claro de la existencia de ámbitos competenciales propios y de responsabilidades autónomas derivadas del mismo lo plantea la sentencia del “caso Armil”, en el que una ATS preparó un biberón para un recién nacido con un desinfectante muy tóxico por vía oral –comercializado con el nombre de Armil- que fue embotellado en un frasco vacío de suero para biberón, al que se marcó con un esparadrapo que decía Armil, tras haberse quebrado su envase. A consecuencia de la ingestión de la sustancia, el bebé murió.

La ATS fue condenada por realizar una conducta gravemente negligente, consistente en no constatar las condiciones organolépticas del producto, no atender a las muestras de extrañeza de la madre ante la renuencia del bebé a ingerir el biberón, no advertir que la botella con el desinfectante se hallaba en un lugar que no era el que le correspondía, y por no advertir que la botella tenía una señal en la que advertía que el producto era Armil.

Al parecer fue esta última situación, la que hizo que no se procesara a quien había embotellado el desinfectante en una botella de suero para bebé dejándola en el mismo recinto de los sueros (STS de 18 de octubre de 1982, Mg. CASTRO P.).

Problemas similares plantean casos como el analizado en la STS de 7 de junio de 1988 en el que se ordenó preparar un suero salino isotónico para suministrar a una paciente recién nacida tras la cirugía, entendiendo una ATS la orden como de preparación de suero hipertónico, que aplicó mediante gotero, lo que produjo la muerte de la paciente por la elevada concentración de sodio en la sangre.

En principio, la infracción del deber de cuidado en uno de los ámbitos de competencia autónoma que origina una lesión o la muerte de un paciente, permite atribuir el hecho a la persona sobre la que gravitaba el deber de cuidado infringido⁶⁸⁶, pues esas actividades se desarrollan sin dependencia fáctica de las órdenes o instrucciones de nadie. De hecho, para la realización de muchas de las actividades que le son propias, el personal auxiliar cuenta con una preparación y un entrenamiento que normalmente no reciben los médicos⁶⁸⁷. La consideración de que el personal auxiliar obra lícitamente o no, depende de la observancia de las pautas indicadas para el caso por el buen obrar profesional, para lo que resultarán de especial importancia, como en su momento se señalara, los preceptos de la *lex artis*.

La vigilancia de los pacientes⁶⁸⁸, o el aseguramiento de las condiciones de seguridad en la preparación de la intervención médica ulterior, constituyen algunas de las hipótesis objeto de análisis por la jurisprudencia en relación con la actuación del personal auxiliar. La regla general consiste en que la ocurrencia de resultados adversos en situaciones de este tipo

⁶⁸⁶ Han reconocido la existencia de ámbitos de competencia propias de las enfermeras y ATS, entre otras SsTS: la de 20 de diciembre de 1990 (Mg. GARCÍA A.) y de 14 de febrero de 1991 (Mg. DE VEGA), relacionada con la aplicación de inyecciones en la cadera que produjeron la lesión del nervio ciático, la primera condenatoria y la segunda no, atendiendo al lugar anatómico donde se aplicó la inyección; y la ya citada de 3 de noviembre de 1992 (M.P. GARCÍA M.), según la cual corresponde a las enfermeras la preparación y ordenación del material a usar por los médicos.

⁶⁸⁷ En este sentido, GÓMEZ RIVERO: “como señala WILHELM, en la medida en que el personal subordinado realice las tareas que le son específicas, debe considerarse incluso más competente y cualificado que el superior”, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 439.

⁶⁸⁸ El Tribunal Supremo ha analizado supuestos de delegación de vigilancia del paciente a una enfermera o incluso a la madre de aquél considerándola una conducta jurídicamente adecuada: “*el supuesto alternativo de que la muerte del lesionado se debiera a su levantamiento de la cama y haber ingerido agua, ..., (lo que) significaría falta de precaución (según la demanda)...*, carece como los restantes de apoyo fáctico, pues tal prohibición entraba en las prescripciones generales a tener en cuenta por quienes se encontraban en la habitación, incluida la madre que fue la que lo hizo con carácter permanente, habiendo sido advertida por el médico anestesista, ocurriendo el hecho cuando la misma por necesidad salió de aquélla en busca de la enfermera sobre las 7,30... y mientras ésta se dirigía a vigilarlo, estando el chico solo aprovechó tal circunstancia para satisfacer su sed, al margen de la actuación de los procesados, sin que la existencia de una botella de tal líquido supusiera imprudencia por sí misma, al poderla precisar para otros menesteres o para el consumo de personas ajenas al accidentado, que consecuentemente no puede valorarse como elemento causante de la culpabilidad”. STS de 26 de octubre de 1983, M. Sr. GIL.

en principio solo compromete la responsabilidad de la persona dentro de cuyo ámbito funcional estaba la contención o neutralización del riesgo.

Por ejemplo, a una enfermera se le encarga vigilar durante la noche a un paciente al que se le ha practicado una intervención en la mandíbula, que obliga a suturarle los labios y a suministrarle alimentación por vía venosa. Esta situación genera un riesgo conocido: el que la sangre remanente en el organismo del paciente irrite el estómago y le provoque vómito, y que al no poderlo expulsar sufra una broncoaspiración que pueda causarle hasta la muerte. El riesgo de la irritación estomacal que genere el vómito es consecuencia de la cirugía, y por tanto atribuible al cirujano, y como tal es conocido y debe informarse al paciente, que si enterado de él, lo acepta, obliga a indagar por la tipicidad de un proceso de riesgo posterior: el de la vigilancia en el momento en que pudiera producirse el vómito. Si esta última fue inadecuada y el paciente fallece, la responsabilidad por ello no será del cirujano, que obró adecuadamente, sino del personal de enfermería a cuyo cargo estaba la vigilancia del paciente.

La imputación de responsabilidad por imprudencia a la enfermera a cargo de la vigilancia del paciente depende de la intensidad con que hubiera debido ejercer su función: con presencia permanente, o no, según variantes como la complejidad de la cirugía, la magnitud del sangrado, la existencia de signos de irritación estomacal por la presencia de sangre en el sistema digestivo; y también de la manera como una intervención oportuna de su parte hubiera permitido salvar la vida del paciente.

En casos como el que se acaba de mencionar, si bien es cierto que el riesgo de la broncoaspiración se derivó del procedimiento realizado por el cirujano, la ejecución idónea del mismo y la información al paciente sobre los riesgos inherentes a él, a los que mediante su consentimiento aceptó someterse, permite entender que es el riesgo posterior, derivado de la inadecuada vigilancia del paciente, del que habrá que analizar la tipicidad. En este caso, la manifestación del riesgo y su realización en el resultado están bajo la esfera de competencias del personal auxiliar; y la responsabilidad a discutir será la suya, por haber entrado a ocupar una posición de guardián del riesgo.

Esa diferenciación de ámbitos de competencias entre los distintos intervinientes en los hechos, y la atribución de responsabilidad dependiente de la desaprobación jurídica del riesgo atribuible a cada uno de ellos, no se ve relativizada por el momento en que sus actuaciones se den; es decir, la falla en la actuación que da lugar a la imputación de imprudencia a alguno de

los intervinientes puede darse en una actuación anterior a la del otro actor (para cuyo análisis será fundamental el principio de confianza), o posterior.

Un ejemplo de la primera de dichas situaciones es la realización de una intervención quirúrgica con un instrumental inadecuadamente esterilizado, de lo que resulta la infección de un paciente. No podrá imputársele la lesión al cirujano, pues la esterilización del material quirúrgico es tarea del personal auxiliar, con independencia de las órdenes o instrucciones de los cirujanos. La responsabilidad, por ende, será del encargado de esa función auxiliar siempre que los protocolos de desinfección fueran adecuados y su inobservancia haya determinado la infección.

Y como antes se manifestara, la atribución de responsabilidad por la ocurrencia del resultado lesivo tiene como presupuesto que aquel a quien se le pudiera atribuir haya obrado ilícitamente.

ii) El reparto vertical de funciones sin autonomía de los inferiores

Como antes se anunciara, además del reparto vertical de funciones, existen otros espacios en los que se debe indagar por la responsabilidad de quienes reciben órdenes o directivas. Uno que resulta de especial interés es el de las actuaciones de riesgo desarrolladas por personal en proceso de formación.

En estos casos debe tenerse en cuenta que, justamente por hallarse en proceso de formación, la competencia e idoneidad de estas personas pueden no ser las adecuadas para afrontar el tratamiento del paciente, o para la ejecución de algunas actividades terapéuticas.

La posibilidad de que quienes están en proceso de entrenamiento ejecuten autónomamente determinadas actividades dependerá, de un lado, del avance en el proceso de formación, y del otro, de la entidad del riesgo frente al que se les pone⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Al estudiar las limitaciones al principio de confianza analiza MARAVER las derivadas de la existencia de deberes de vigilancia, control o supervisión, y pese al interés en reivindicar el efecto relativo de dichas limitaciones en lo que al personal en proceso de formación respecta, manifiesta que: “En ocasiones, sin embargo, el sujeto tiene el deber de controlar completamente la conducta del tercero para comprobar que ejecuta correctamente su tarea. En tal caso, sí puede decirse que existe un deber de prevenir o evitar la conducta

Respecto de actuaciones que puedan desarrollar de manera autónoma por corresponder a fases de la instrucción ya superadas con éxito, parece viable que el instructor que permite desplegarlas pueda invocar en su favor el principio de confianza; pero si se trata de actividades en relación con las cuales no existe el suficiente nivel de adiestramiento del discente, el permitirle desarrollar dicha actividad generará un régimen de coautoría entre su instructor y él: el primero, por vía de omisión, al dejar el riesgo liberado de control dado que el encargado de facto no está facultado para dominarlo⁶⁹⁰; y el segundo, de comisión o de omisión, dependiendo del deber de actuación le impusiera el ordenamiento jurídico en lo que a la observancia de la *lex artis* respecta, y de lo que en función de ello haya hecho o dejado de hacer. La simultaneidad de las actuaciones de riesgo y su incidencia en la afectación del bien jurídico es lo que permite hablar de coautoría.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁹¹ en algún caso en que ha analizado la responsabilidad del docente en la dinámica concreta de sus relaciones con el discente, ha

incorrecta del tercero que resulta incompatible con la posibilidad de confiar. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la medicina con respecto a la actuación de los estudiantes en prácticas”.

Más adelante, señala sin embargo, que “Ciertamente, en difícil reconocer la existencia de un deber de controlar la conducta de los terceros que llegue a excluir por completo la posibilidad de confiar”, *El principio de confianza en Dp*, p. 142.

Como se verá, de conformidad con la última cita aquí se considera posible la confianza en función del grado de entrenamiento recibido ya por el personal en formación.

⁶⁹⁰ Al respecto, CRUZ BLANCA: “la responsabilidad del tutor y de los médicos especialistas se fundamentará, en la mayoría de los casos, en la falta de supervisión respecto al especialista en formación ya que la realización del acto médico concreto que ha desencadenado el resultado lesivo, si está supervisada desplaza la responsabilidad del MIR”, “La imprudencia penal del médico residente en formación (MIR)”, p. 230.

⁶⁹¹ La STS de 15 de enero de 1986 (Mg. LATOUR) analiza la responsabilidad de un médico adjunto que al revisar junto con un médico interno residente (MIR) ordenó la aplicación de penicilina, conociendo, a diferencia de este último, que el paciente era alérgico a la estreptomicina. El residente registró en la historia clínica la orden de farmapén®, antibiótico que contenía la sustancia a la que el paciente era alérgico, y que al ser aplicado por una enfermera motivó una reacción alérgica inmediata que días más tarde causó el fallecimiento de la paciente. Ambos médicos fueron condenados en la sentencia de instancia, y solo el médico titulado recurrió en casación, por lo que no hubo un pronunciamiento específico acerca de la responsabilidad del MIR. La condena contra el primero fue confirmada, manifestando que “*resulta indudable el proceder culposo del Médico Adjunto, calificado como falta por la Audiencia de instancia, pues que el resultado letal se produjo (sic) a su imprevisión y olvido de sus deberes elementales, como era el advertir la alergia del paciente a la estreptomicina y la prohibición de suministrarle cualquier fármaco en cuya composición entrase dejando al paciente al cuidado del*

radicado la imprudencia del primero en no brindar al segundo información suficiente que permitiera evitar la generación, por parte de éste, de riesgos desaprobados. En ese caso concreto, la dinámica procesal evitó que hubiera un pronunciamiento acerca del deber de acceder a la información por parte del MIR, a efectos de establecer los alcances del deber de cuidado en cabeza de cada uno de los actores.

Otra situación problemática que podría darse en este contexto es el de la usurpación de funciones por parte del discente.

En general el incumplimiento de las órdenes recibidas de parte de un superior funcional permitirá atribuir una infracción del deber de cuidado al subordinado que las recibió, de manera que si el ordenamiento jurídico impone a una persona el deber de actuar según las directivas de otra, ello permitiría eximir de responsabilidad al llamado a cumplir dichas órdenes. En un caso de éstos pareciera razonable, a lo más, imponer al inferior un deber de expresar su criterio y las razones por las que en su sentir la orden recibida no es correcta. Y si aun así se le insiste en que debe cumplirla, habrá de concluirse que el inferior no es responsable, y que se está frente a una hipótesis de autoría mediata.

En contra de esta solución se manifiesta GÓMEZ RIVERO quien tras invocar el apoyo doctrinal de su planteamiento señala:

“entiendo que el inferior no puede eximirse de responsabilidad alegando su posición subordinada en el equipo. A mi juicio, dicha exención requeriría que el subordinado que advierte la actuación irregular del jefe del equipo se abstuviera de colaborar, sin que ni siquiera bastase, como sin embargo propone BILANCETTI, el hecho de manifestar al superior su disenso respecto a la forma en que este actúa”⁶⁹².

Esta solución resulta problemática al desconocer el sentido del reparto de funciones, que se vaciaría de contenido si se confiriera tal capacidad *deliberativa* al inferior, quien por las razones expuestas, si cumple las órdenes que le son emitidas, no debería responder penalmente.

Médico Residente, cuya experiencia desconocía, pues tan solo era la primera vez que pasaba consulta con el mismo”.

⁶⁹² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 443.

iii) La delegación de funciones

La problemática que genera el desarrollo de funciones por personal en proceso de instrucción implica aludir a otra cuestión fundamental, que es la relativa a la delegación de funciones, entendida como la situación en que se encarga a otro la ejecución de tareas propias. Ello es distinto a la asunción del tratamiento por parte de otro profesional en regímenes como el de seguridad social en salud, en los que propiamente no existe un médico a cargo del paciente; sino pacientes a cargo de un servicio en el que quien se halle de turno, y mientras dure éste, será quien asuma en cada momento concreto el tratamiento del paciente.

La primera cuestión a resolver es el efecto jurídico de la delegación en cuanto posible fuente de exención o no de responsabilidad para el delegante. La regla general parece ser que la delegación de una determinada función no comporta que el delegante quede exento de deberes respecto a la fuente de riesgos, pues subsisten en él deberes de control o supervisión. Al respecto expresa LASCURAÍN:

“... como de lo que se trata en realidad es de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio, lo que se produce entre delegante y delegado es lo que SCHÜNEMANN denomina ‘cotitularidad de la custodia’. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligros delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la delegación”⁶⁹³.

⁶⁹³ LASCURAÍN, *Los delitos de omisión*, p. 117. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ: “el acto de delegación, si bien es cierto que constituye una nueva (o unas nuevas) “posiciones de garantía” sobre el (o los) delegado/s, no cancela la posición de garantía que ostentaba el *delegante* (que, a su vez, es también delegado:...)). Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual (o lo que, en otros términos podría denominarse el resto de su posición originaria de responsabilidad), en la medida en que retiene también algunas competencias... Ello dará lugar, por lo demás a la apreciación de algunas hipótesis de responsabilidad cumulativa de delegante y delegado, este último con base en las funciones asumidas (compromiso de contención de un cierto ámbito de riesgos con las competencias transferidas) y el primero con base en las competencias retenidas”. “La autoría delictiva en estructuras organizadas”, p. 17.

La existencia de un ámbito de responsabilidad remanente en el delegante supone entonces una serie de obligaciones que se deben cumplir para mantener el riesgo bajo control⁶⁹⁴. Una de ellas es la adecuada selección del delegado⁶⁹⁵, lo que supone constatar su capacidad para desempeñar las tareas que se le han de encomendar⁶⁹⁶. Y además, implementar rutinas de control para asegurar que el delegado ejerza de manera adecuada aquello que le es encomendado, cuya intensidad estará en función de la capacidad y habilidades del delegado.

Cuando la delegación se produce en personas de igual o similar nivel de competencias o idoneidad que el delegante, es posible aplicar el principio de confianza. Una delegación en esas condiciones como regla general está permitida por el ordenamiento jurídico; máxime en sistemas donde la responsabilidad frente al paciente se asienta cada vez menos en una relación de confianza personal del paciente hacia el médico, y más en el aseguramiento de la disponibilidad de un servicio idóneo. Y por ende, la delegación de una función propia en una persona que no posee la idoneidad suficiente para el desempeño de la misma, supone un

Sobre la delegación en concreto del poder de vigilancia, manifiesta FRISCH que ella supone descarga de deberes, pero no una total liberación de los mismos, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, p. 121.

Aunque estos autores vinculan sus planteamientos al Derecho penal de la empresa, sus reflexiones resultan trasladables a este ámbito.

⁶⁹⁴ En este sentido, SILVA, apuntando a algunas competencias que parecen adecuadas para el ámbito de la delincuencia económica, pero excesivas para el ámbito de la responsabilidad sanitaria: “el delegante *sí retiene competencias*, que pueden incidir en una atribución de responsabilidad al mismo en caso de que se produzca un hecho penalmente relevante. En particular, ostenta la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados, etcétera”, “La autoría delictiva en estructuras organizadas”, p. 19.

⁶⁹⁵ Los deberes de selección, incluso no solo de delegados, sino de los miembros del equipo es entendido por GÓMEZ RIVERO como un criterio determinante de la responsabilidad del superior funcional, al considerar que los deberes de “instrucción y formación continuada” son mayores cuando el médico decide la forma en que se ha de integrar el grupo de trabajo. *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 435.

⁶⁹⁶ Así por ejemplo, la STS de 31 de mayo de 1982 (Mg. VIVAS) imputa responsabilidad a un médico de manera discutible al reprochar la delegación de la función de vigilancia en una ATS, aun tratándose de una función propia de ésta y para la que se supone adecuadamente entrenada: “..., *confió ciegamente, y de modo excesivo en los miembros de ATS que debían observar y vigilar al traumatizado, sin tener en cuenta, que la formación científica de dichos auxiliares, con ser estimable, no permite descargar sobre ellos toda la responsabilidad técnica de un caso de suma gravedad*”.

riesgo desaprobado para el bien jurídico que haya de quedar bajo el control del delegante, en este caso, la salud o la vida del paciente.

La intensidad de los deberes de supervisión y vigilancia de las tareas respecto de las cuales opera la delegación, dependerá, además del nivel de idoneidad del delegado, de otras variables a las que se ha hecho referencia en otros contextos: la entidad de la situación de riesgo que se encomienda manejar, la disponibilidad de recursos para el manejo de la situación de riesgo, etc.⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ La sentencia del 3 de noviembre de 1992 (Mg. GARCÍA M.) plantea la diferenciación de ámbitos de competencia entre un anestesiólogo y el personal auxiliar; y en relación con este último analiza los efectos de la delegación de funciones.

El caso es el siguiente. Antes de cirugía se prepara equivocadamente un equipo de suministro de oxígeno, al conectar el tubo del oxígeno a un tubo por el que debía salir una sustancia distinta. La preparación de la máquina era de competencia de una ATS, que la delegó en un jefe de servicios técnicos (JST). El anestesiólogo usó la máquina sin advertir el error en la preparación del equipo, lo que ocasionó la muerte del paciente.

En este caso el Tribunal Supremo relevó de todo deber de vigilancia de la actuación del delegado tanto al delegante (el ATS), radicando el deber de velar por el buen funcionamiento de los equipos en los médicos jefes del servicio. También eximió de responsabilidad al anestesiólogo que utilizó el equipo, con el argumento de que él solo acudía al hospital a prestar servicios esporádicos, y que no era él quien debía preocuparse de la forma como se preparaban los equipos.

En cuanto al JST, a quien se delegó la preparación del equipo, se le considera responsable, afirmando que “*del relato fáctico aparece que la colocación de los racores era una operación muy sencilla que no requería de especiales conocimientos técnicos, hasta el punto que ya en otras ocasiones había realizado la misma operación, pero en todo caso de no tener los suficientes conocimientos debió abstenerse de realizar el trabajo que se le encomendó*”.

Y respecto a la ATS se le exime de responsabilidad teniendo en cuenta que la labor que delegó era de escasa complejidad y que ya antes había sido desempeñada por el delegado. En concreto afirma que el ATS imputado “*encomendó al Jefe de servicios técnicos el colocar los racores que ... era una operación sencillísima, haciéndolo en la confianza de que lo haría bien por la propia sencillez de la operación y además porque ya lo había realizado en otras ocasiones, es incuestionable que no es de apreciar ninguna falta de diligencia, la que no es de apreciar por el hecho de que le correspondiese la preparación y ordenación del material a utilizar por los médicos ya que ello ha de entenderse en el sentido puramente mecánico de tener el material ordenado y preparado para su utilización, pero no puede entenderse comprendiendo en tal deber la de comprobar el perfecto funcionamiento de todos los aparatos o instrumentos a utilizar en un quirófano, para lo cual en ocasiones se requieren especiales conocimientos técnicos totalmente ajenos a su cargo*”.

En materia de responsabilidad penal de los profesionales de la salud, ha habido pronunciamientos relativos a sectores específicos en los que se ha prohibido delegar funciones en personal con un nivel de capacitación inferior al del delegante, como en el caso de los anestesiólogos⁶⁹⁸; en algún caso, se consideró ilícito que los obstetras delegaran en comadronas la atención de partos difíciles⁶⁹⁹. La jurisprudencia también ha analizado la

Finalmente, en relación con el anestesiólogo se señala que: “... no tenía relación alguna de carácter laboral ni de otra índole con la Institución en la que ocurrieron los hechos a la que... tan solo acudía cuando era llamado para prestar sus servicios como anestesta. Es indudable que no venía obligado a la observancia de un deber objetivo de cuidado..., en cuanto que al personal de la Institución a la que pertenecían los quirófanos, así como las instalaciones de gas cuyo defectuoso funcionamiento fue la causa del resultado dañoso correspondía la vigilancia y comprobación de que todo se hallaba en orden o en condiciones de perfecto funcionamiento, pero no al procesado que es natural actuase en la confianza que quienes tenían la obligación hubiesen vigilado y se hubiesen cerciorado que las instalaciones se hallaban en debidas condiciones”.

Hasta aquí la sentencia sería contradictoria con los planteamientos del mismo Tribunal Supremo respecto al alcance del deber de cuidado en materia médica en espacios de actividades coordinadas (así por ejemplo, la sentencia comentada antes de ésta), pues no aparece claro por qué razón habría de dispensarse al anestesiólogo de revisar la forma en que ha sido reparado el equipo con el que va a generar un riesgo tan relevante para la vida de las personas. Ese resultado insatisfactorio no es, sin embargo, atenuado por la manifestación final de que el anestesiólogo podía confiar en la correcta instalación del equipo por que la “*apariencia de los aparatos era correcta y que habían sido utilizados sin novedad en intervenciones anteriores*”.

⁶⁹⁸ El TS se ha pronunciado en varias ocasiones en contra de la posibilidad de delegar las funciones del anestesiólogo, en personal no especializado en anestesiología. Así por ejemplo, en la STS de 7 de julio de 1993 (Mg. MOYNA), ante el argumento de la anestesióloga que abandonó el quirófano, respecto a que allí quedaba una ATS debidamente entrenada, se dice que: “no puede escudarse tampoco en la presencia de una ATS experta en anestesia, porque el contenido de la anestesia es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico”. RA 6057.

⁶⁹⁹ En un caso que el TS enjuició con mucha severidad (señalando incluso que rayaba incluso en la “eventualidad dolosa”) un médico gineco-obstetra, delegó en una comadrona la atención de un parto con retención parcial de la placenta que generó una infección posterior y la muerte de la paciente (STS de 19 de enero de 1972, Mg. SÁEZ).

Sin embargo, en muchas otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de delegar la atención del parto, no complicado, en la comadrona, para lo que además existe autorización normativa. En este sentido, la STS de 1 de abril de 1992 (Mg. GARCÍA A.), que analiza la responsabilidad de un tocólogo que delegó en una comadrona la atención de un parto, en el transcurso del cual se presentó un sufrimiento fetal agudo, que generó daños neurológicos irreversibles en la criatura. La comadrona, que no requirió la presencia del obstetra, fue condenada por un delito de imprudencia temeraria. En cuanto al tocólogo, aunque se le condena por una falta de imprudencia, manifiesta la sentencia que: “aunque actuó dentro de un marco legal entendido desde un punto de vista de interpretación puramente literal de la norma, pero ello no evita, y así lo entendió acertadamente el

posibilidad de delegar la vigilancia del paciente en sus familiares o acudientes⁷⁰⁰, considerándola lícita en los casos en que no deba ser especializada.

El incumplimiento de los deberes de vigilancia determinará una actuación de riesgo desaprobado de parte del llamado a ejercerla, es decir, el delegante, que en función del alcance del deber de evitación, derivado a su vez del alcance de los deberes de supervisión, podrían hacerlo responsable como coautor junto con el delegado que por falta de idoneidad despliega una conducta de riesgo desaprobado, o como cómplice.

SILVA SÁNCHEZ reconoce también la posibilidad de dispensar un tratamiento dispar a los delegantes en función de la intensidad de sus deberes de control:

“La regla general, con todo, es la siguiente: se estima autor en comisión activa a quien *realiza* el hecho activamente de modo directo o mediato (esto es, instrumentalizando a otros); partícipe en comisión activa es todo aquél que *contribuye* activamente al hecho del autor, salvo que se limite a realizar labores ‘standard’, fungibles, sin propia connotación delictiva); autor en comisión por omisión, será en principio, solo aquel en cuya esfera de competencia se hallaba la evitación directa del hecho (esto es, en principio, solo el superior jerárquico inmediato a quien ejecutó activamente el delito; o, en el caso de cosas peligrosas, quien ostentara el control inmediato sobre las mismas); partícipes en comisión por omisión serán, en cambio, todos aquellos superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se hallaba la posibilidad de instar a la evitación del hecho. A todas estas estructuras debe superponerse el carácter doloso o imprudente del hecho de cada sujeto”⁷⁰¹.

Y en efecto, la solución a estos casos no parece que pueda reducirse a una única fórmula, si se tienen en cuenta los efectos posibles del deber de control por parte del delegante; así, el delegado habrá de responder como autor, si la defectuosa ejecución de su

Tribunal sentenciador , que sin tener obligaciones reglamentarias ni contractuales de asistencia a un parto “eutócico”, lo que no puede afirmarse, por todo el conjunto de las pruebas llevadas a cabo, es que cumpliera con el adecuado celo la obligación de supervisión de la parturienta, de ahí que, como mínimo, se le deba considerar como autor de una falta de imprudencia”.

⁷⁰⁰ Referencias jurisprudenciales sobre esta cuestión, en nota 688.

⁷⁰¹ SILVA, “La autoría delictiva en estructuras organizadas”, pp. 20, 21.

parte de la función o tarea delegada determina la afectación del bien jurídico, y la responsabilidad del delegante habrá de depender de la forma en que los deberes de control, que debía cumplir y que podían ser más o menos estrictos, hubieran podido neutralizar o atenuar la intensidad lesiva de la actuación del delegado.

b. El reparto horizontal de funciones

En el estudio de la responsabilidad por el trabajo en equipo debe destacarse también la situación que se presenta cuando todos o algunos de los cointervinientes se reparten las funciones en un sistema de cooperación o coordinación, bien sea por la semejanza de sus conocimientos o por el tipo de funciones que deben desarrollar.

En palabras de Ag. JORGE BARREIRO, la división horizontal del trabajo supone que “todos los intervinientes tienen un mismo nivel de formación (relación de igualdad) y cada uno ha de cumplir con las tareas o cometidos propios de su competencia”⁷⁰².

A continuación se aludirá a algunas relaciones especiales que se pueden presentar entre personas con un similar nivel de jerarquía.

i) Las relaciones entre cirujano y anestesiólogo

Del reparto horizontal de funciones se presenta como un caso paradigmático el de las relaciones entre el cirujano y el anestesiólogo en el transcurso de un acto quirúrgico, sobre las que sin embargo se ha generado un sinnúmero de apreciaciones diversas en la jurisprudencia y en la doctrina. Y aunque la jurisprudencia ha sugerido que el cirujano es el director del equipo quirúrgico, lo que podría dar lugar a una relación de supraordinación del primero sobre el segundo, con las implicaciones de ello, por ejemplo, en cuanto a la vigilancia de la actuación del anestesiólogo, en general se ha entendido que ambos son titulares de ámbitos competenciales autónomos⁷⁰³.

Ag. JORGE BARREIRO lo expresa así:

⁷⁰² Ag. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 136.

⁷⁰³ Así por ejemplo, en la STS del 5 de febrero de 1990: “*Aunque el cirujano fuera el director técnico de la operación quirúrgica, el anestesista en su especial área de actuación conserva su propia responsabilidad*”.

“Hay que destacar, frente a un autorizado sector doctrinal, la autonomía absoluta - dentro del ámbito de las funciones que le son propias como médico especialista- del anestesista respecto al cirujano. Sostener lo contrario -es decir, la primacía del cirujano y la dependencia del anestesista- iría en contra del principio de división del trabajo médico y llevaría a desconocer el auténtico sentido del principio de confianza”⁷⁰⁴.

Si bien esta apreciación es correcta y acorde con la división del trabajo que rige la práctica profesional, es discutible que se fundamente en el principio de confianza, que más bien determinaría cuáles son los deberes de actuación de cada sujeto una vez que se han determinado sus ámbitos competenciales.

Las verdaderas razones de la equiparación son de tipo funcional: la anestesiología es una disciplina altamente especializada que por ello limita la posible intervención del cirujano en las actuaciones propias del anestesiólogo, relativas no solo al suministro de anestesia y a todo el procedimiento de narcosis, sino también al manejo de las constantes vitales del paciente, que requieren un entrenamiento específico, al que son ajenos otros especialistas⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ Ag. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, p. 140. GÓMEZ RIVERO, aunque coincide en general con estos planteamientos señala, no obstante, que “No puede pasarse por alto, en efecto, que el ámbito del compromiso que asume el cirujano es más amplio que el del anestesista, o por decirlo de otro modo, la labor de éste, si bien diferenciable, *no deja de estar funcionalmente supeditada a la que realiza aquél*”, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 418, cursiva añadida.

⁷⁰⁵ El TS Supremo ha sido muy enfático sobre esta cuestión, señalando en general que la aplicación de anestesia y la vigilancia de las constantes vitales del paciente son de la exclusiva competencia del anestesiólogo.

En un caso muy particular, en la medida que el anestesiólogo recurrió en casación invocando haber recibido autorización del cirujano para desplazarse a otro quirófano a anestesiarse otro paciente, señaló el TS que: “*Ni el conocimiento y consentimiento del cirujano-jefe de su ausencia sirve de excusa exculpadora porque el anestesiólogo asume, dentro del equipo médico del que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (preparación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido); no puede escudarse tampoco en la presencia de una ATS experta en anestesia, porque el cometido de la anestesia es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico; y no es ajustado finalmente dirigir la responsabilidad de los hechos hacia la Dirección médica del Hospital con fines exculpativos, porque los niveles de cobertura y equipamiento en el aspecto de los medios técnicos era el adecuado, y en el aspecto de los medios personales, tratándose en el caso concreto de operaciones no urgentes y programadas con tiempo (estrabismo y fimosis) no se advierte una situación de urgencia que obligara a una intervención simultánea en las dos operaciones*”, (STS del 7 de julio de 1993, M.P. Moyna).

Las funciones del anestesiólogo se extienden hasta después de terminado el acto quirúrgico, pues a su ámbito de competencias corresponden también la recuperación de la consciencia del paciente, y la cesación de los efectos de la anestesia y de la sedación⁷⁰⁶.

La autonomía de las funciones del cirujano y el anestesiólogo, y el nivel similar en que se hallan sugeriría que no existe un deber de cada uno de vigilar o supervisar la actuación del otro, y que a cada uno deberían atribuirse los errores en que incurra en el desempeño de la función que le compete; sin embargo, parece difícil afirmar que no incurra en ninguna responsabilidad el profesional que asume una actitud de pasividad frente al riesgo ilícito que está generando su cointerviniente, alegando que sus ámbitos de competencia son distintos. Es decir, que por ejemplo hay que aclarar lo que sucede, si el cirujano advierte que el anestesiólogo carece de la idoneidad suficiente para intervenir en el procedimiento que se aprestan a realizar, por hallarse bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes, o por no haber recibido el entrenamiento necesario para un procedimiento como el que pretenden llevar a cabo.

En un caso de este tipo si bien es cierto que en condiciones normales el cirujano carece de conocimientos para evaluar técnicamente el desarrollo del proceso de anestesia, la forma en que, al margen de cuestiones técnicas, él advierte que se está desplegando o se va a desplegar el riesgo que percibe como especialmente alto para la vida del paciente, le impone adoptar medidas correctivas, para neutralizar los efectos erróneos de la actuación del colega

El conocimiento entonces acerca de la infracción del deber de cuidado por parte del cointerviniente con el que se da una relación de similar jerarquía, ni exonera de responsabilidad, ni atenúa los deberes de cuidado que pesan sobre el primero⁷⁰⁷. Esta situación obligará a discutir el grado de responsabilidad del coejecutor que no evita los efectos de la infracción del deber de cuidado de su cointerviniente.

⁷⁰⁶ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, pp. 140-146.

⁷⁰⁷ En este sentido la STS del 7 de julio de 1993 (M.P. MOYNA), al analizar la conducta de una anestesióloga de abandonar el quirófano, momento en el cual se produjo una falta de oxigenación cerebral que produjo la muerte del paciente varios meses después: “Ni el conocimiento y consentimiento del cirujano-jefe de su ausencia sirve de causa exculpadora porque el anestesiólogo asume, dentro del equipo médico del que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad”. RA 6057

Y en este punto resulta de trascendental importancia definir el papel que se ha de conferir a la capacidad de impedir el resultado como factor de definición o no del carácter de autor. Si se entiende que ella no basta para definir la autoría, como propone la teoría de la determinación objetiva del hecho, la intervención del cirujano en el procedimiento, entendida en términos solo de capacidad de impedir la ejecución del acto, lo más que podría tornarlo sería en cómplice; pero si paralelo a ello se entiende que iniciar la cirugía a sabiendas de la situación en que se halla el anestesiólogo comporta exponer al paciente a una situación de riesgo que codominan los dos profesionales, cirujano y anestesiólogo, en tal caso resulta razonable la consideración de ambos como coautores.

Varias sentencias ha proferido el TS enjuiciando la actuación de anestesiólogos que abandonan el quirófano, dejando liberado de control el riesgo que supone el acto anestésico y la falta de control sobre las constantes vitales de los pacientes. Hasta donde llegó la revisión de jurisprudencia en la elaboración de este trabajo, siempre se imputó responsabilidad al anestesiólogo en tales casos, pero el permitirle retirarse del quirófano, comprometió también la responsabilidad de los cirujanos, siempre a título de autores, sin especificar de qué clase dada la concepción del Tribunal Supremo respecto a la autoría imprudente.

Así, refiriéndose al cirujano, la STS de 11 de octubre de 1979 (Mg. GÓMEZ DE LIAÑO) dice que la ausencia del anestesiólogo del quirófano no permitía exonerarlo del deber de vigilancia *“pues el procesado debió tener presente que el anestesista atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos aunque contiguos”*; y más adelante, refiriéndose a la previsibilidad del resultado para el cirujano, señala que *“esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad, como ocurre en el presente caso, al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes en forma simultánea”*⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ Trata también el problema, la ya citada STS de 7 de julio de 1993, Mg. MOYNA.

La STS de 24 de noviembre de 1997, declara la responsabilidad como autores del anestesiólogo y del Director del Hospital, también sin pronunciarse sobre el problema de la coautoría, en relación con el traslado de un paciente de 16 meses de edad que tras una complicación anestésica requirió traslado urgente a un Hospital con UCI, vinculándose a la imputación a ambos en la demora en el traslado, y la que se citará a continuación de 4 de septiembre de 1991, Mg. MARTÍNEZ-PEREDA.

En STS del 4 de septiembre de 1991, Mg. MARTÍNEZ-PEREDA, a un anestesiólogo que antes de la cirugía omitió conectar un monitor de control electrocardiográfico y que durante el procedimiento abandonó el quirófano para atender otra cirugía, se le imputó responsabilidad por la muerte de un paciente que sufrió una pérdida de oxigenación tras la salida del quirófano de aquél. También se atribuyó responsabilidad al cirujano y al director del hospital. En lo que a la responsabilidad del cirujano respecta, manifiesta la sentencia que:

“El cirujano no incide en error o ignorancia inexcusable en actuación quirúrgica impropia, pero movido por un sentimiento de colaboración con sus compañeros médicos anestelistas del hospital o para no plantear problemas en su actuación en dicho centro, tolera, consiente y permite una situación tan peligrosa como la determinada por la falta de conexión del monitor y el abandono del quirófano por el especialista de la anestesia”.

La STS de 23 de octubre de 2001, Mg. JIMÉNEZ V., les imputa responsabilidad conjunta como autores, de nuevo sin entrar a calificarlos de coautores a un gineco-obstetra y a un anestesiólogo que no detectaron una hemorragia en una paciente:

“descartada una hemorragia brusca y súbita a la que nadie ha hecho alusión,..., solo queda la alternativa de una hemorragia paulatina de la que forzosamente ha de decirse que debió ser advertida por el operador aunque evidentemente no la advirtió, sin que de ello quepa otra explicación que la de una falta de la exigible atención, en la que igualmente tuvo que incurrir, por su parte, el anestesta pues la hemorragia no pudo dejar de reflejarse en un progresivo descenso de la tensión arterial y de las constantes vitales, de las que este facultativo tenía que estar permanentemente pendiente, antes de que sonara la alarma cuando la situación ya era irreversible”.

Se ocupan de la responsabilidad del anestesta, sin analizar la del cirujano, la STS de 16 de octubre de 1992, Mg. GRANADOS; las de 20 y 26 de abril de 1994, ambas con ponencia del Mg. GRANADOS, y ambas sobre abandono, no del quirófano, sino de la Sala de recuperación; y también sobre la actuación del anestesiólogo en la misma Sala versa la STS de 15 de junio de 1998, Mg. CONDE-PUMPIDO.

ii) La remisión de pacientes entre especialistas

Cuando el paciente es remitido para que un nuevo especialista asuma su tratamiento, la diferenciación de ámbitos de responsabilidad parece generar menos problemas que cuando el tratamiento es desarrollado por varios profesionales al tiempo.

En la primera de las situaciones parece que cada uno respondería del tratamiento que en concreto le dispensó al paciente; pero de nuevo aparecen los problemas ya planteados en relación con el reparto vertical de funciones, cuando aquel a quien es remitido el paciente hubiera podido intervenir para neutralizar el riesgo derivado de un tratamiento anterior inadecuado. En estos casos, como ya se expuso, si el médico a quien se hizo la remisión está en condiciones de neutralizar el riesgo, y permite su desarrollo, debería ser él quien asuma los efectos de la realización del riesgo en el resultado.

A fin de valorar la responsabilidad posible del segundo interviniente es necesario tener en cuenta también si cabe aplicar el principio de confianza respecto al comportamiento del profesional que venía tratando al paciente, y en concreto al diagnóstico efectuado por él.

En este punto no se deben perder de vista el concepto y los resultados de los exámenes y ayudas diagnósticas que con anterioridad a la consulta con el nuevo especialista se le hayan practicado al paciente, salvo que los resultados del examen clínico realizado por el nuevo especialista, y su diferencia en la interpretación de dichas ayudas aconsejen desatender el concepto previo⁷⁰⁹; o que su intervención se haya pedido justamente para formular el diagnóstico que de parte del anterior tratante no ha sido satisfactorio.

⁷⁰⁹ La STS del 12 de junio de 1992 se ocupa del caso de una oftalmóloga que revisó a un paciente que antes y después de la consulta con ella fue examinado por el jefe del servicio, quien no detectó que una grapa había penetrado al ojo del aquél. El jefe del servicio ordenó un tratamiento con colirio y pastillas e hizo un diagnóstico de herida no penetrante. Un tercer médico ordenó una radiografía que permitió detectar la existencia del cuerpo extraño en el interior de la cavidad ocular; sin embargo, finalmente se produjo una endoftalmitis que obligó a la evisceración del ojo.

Según la sentencia “*Cuando la acusada reconoció por segunda vez al lesionado, a quien se le había introducido una grapa en el ojo, no bastaba con prescribirle un colirio y antibiótico, sino que, como hizo otro doctor al día siguiente, era preciso hacerle una radiografía para conocer el estado del órgano afectado y proceder en consecuencia*”.

Cuando el médico a quien se hace la remisión sigue trabajando sobre la base del concepto erróneo del colega, permitiendo así que se desarrolle la enfermedad o se agrave la condición del paciente, el primero que intervino habrá de tenerse, en el peor de los casos, por partícipe imprudente, y el segundo, si estaba en condiciones de neutralizar el riesgo y no lo hizo, habrá de ser considerado coautor.

iii) Las decisiones en juntas médicas

Una situación interesante podría presentarse cuando en una junta médica se adopta la decisión de poner en práctica un determinado tratamiento que resulta lesivo para un paciente.

Lo llamativo de esta situación consiste en que si el concepto de imprudencia médica se erige a partir de las pautas de comportamiento que emergen de la comparación de la actuación

Sin embargo atenúa la gravedad de la imprudencia fundamentándose en que *“cuando ella reconoció al enfermo: éste venía ya con un tratamiento prescrito por el Jefe del servicio, ya fallecido, y que la introducción de la grapa en el ojo no había dejado señal externa”*.

Desafortunadamente la sentencia no desarrolla debidamente el problema de la relevancia del concepto previo en la formación del concepto de la médica; además de valorar la imprudencia con base en la información obtenida *ex post*, y no en los resultados de los exámenes y evidencias clínicas desde una perspectiva *ex ante*; y el fallecimiento del jefe del servicio, al extinguir la acción penal, no permitió analizar la posible responsabilidad de su parte.

El TS ha sido muy estricto con la imputación de responsabilidad en casos en los que los médicos tratantes han desatendido el concepto de radiólogos. Así por ejemplo en la STS de 17 de noviembre de 1987 (M.P. MONER) analizando la conducta de un médico ginecoobstetra que olvidó un cuerpo extraño en la cavidad abdominal y que después retardó la intervención para extraer el gasoma a pesar del concepto del radiólogo, dijo: *“... y posteriormente al presentársele a la paciente síntomas de un íleo intestinal y ordenar la realización de dos radiografías a la parturienta en la que se apreció la existencia de material quirúrgico, y pese a la advertencia que le hizo el radiólogo ..., no hizo caso de la misma, y solo después de una ecografía, se decidió a intervenir de nuevo, lo que no efectuó por trasladarse la paciente a Madrid”*

En sentencia de 9 de diciembre de 1993 (Mg. DÍAZ P.) se imputa responsabilidad por imprudencia a un médico que desatendió el concepto de otros colegas y de las enfermeras: *“Si no se aplicaron las medidas adecuadas ante los signos visibles de desmejora del enfermo, y no obstante los requerimientos que le hicieron enfermeras y médicos pediatras del mismo Hospital que actuaban conjuntamente con el acusado y bajo los dictados del mismo, entonces una de dos, o hubo ignorancia supina de la ‘lex artis’ o descuido negligente en aplicar los remedios adecuados”*.

desplegada por el agente con la conducta de un profesional perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que él, será difícil considerar que se infringe el deber de cuidado cuando varios profesionales, que sopesan las ventajas y desventajas de un determinado tratamiento, acuerdan o deciden aplicar uno que posteriormente resulta lesivo.

Las consideraciones que tradicionalmente se han hecho en torno al error de diagnóstico, serían trasladables a este ámbito: desde una perspectiva *ex ante* con los criterios del Tribunal Supremo español difícilmente constituirá imprudencia el criterio consensuado de varios profesionales que en una junta médica deciden adoptar un tratamiento que sin embargo, resulta lesivo para el paciente⁷¹⁰.

Si a pesar de ello en algún caso se pudiera considerar imprudente la actuación, el haber emitido las correspondientes órdenes de tratamiento fruto de un consenso entre profesionales permitirá afirmar el carácter de coautores de los distintos sujetos: su actuación en las condiciones referidas les confiere un codominio sobre la situación de riesgo que permite dicha conclusión.

c. La responsabilidad penal del personal con funciones administrativas

En la medida que la responsabilidad penal se fundamenta en el dominio sobre procesos de riesgo, resulta comprensible que cada vez más se indague por la responsabilidad de personas que sin tener funciones asistenciales, en el ejercicio de sus tareas administrativas deben asegurar la idoneidad de la prestación asistencial propiamente dicha.

Quien dentro de su ámbito de competencias no asegura al prestador del servicio médico que éste se pueda realizar sin riesgos específicos para la vida del paciente, obra de manera imprudente y puede ser declarado responsable por ello; sin embargo, esta situación debe valorarse en consonancia con todos los factores que determinan la desaprobación jurídica del riesgo. Ello quiere decir que si la organización de los servicios de salud permite la realización de cirugías menores y por ende de baja peligrosidad en centros de un bajo nivel de complejidad, eventuales complicaciones no darán lugar de manera automática a la imputación

⁷¹⁰ Aunque no analiza propiamente el problema de la responsabilidad de los integrantes de un staff, la STS de 29 de febrero de 1996, Mg. PUERTA, confirma la exención de responsabilidad de un profesional que no estableció la existencia de una enfermedad de difícil diagnóstico y sobre la que no hubo acuerdo tras la realización de ayudas diagnósticas diversas y la evaluación incluso conjunta de varios especialistas.

de responsabilidad por no disponer de recursos que en determinadas condiciones hubieran de estar a disposición de centros de alto nivel de complejidad.

En la STS de 15 de octubre de 1987 (Mg. RUIZ V.) se analiza un procedimiento realizado con un electrobisturí en malas condiciones de funcionamiento con el que se produjeron quemaduras al paciente. En este caso se imputaba al Director-Gerente y al administrador de un hospital responsabilidad por los efectos que tuvo el mal funcionamiento del equipo para la salud del paciente. A ambos se les eximió de responsabilidad por entender que las fallas en el equipo no se correspondían con el ámbito de sus competencias. Dice la sentencia:

“En resumen, no fueron las deficiencias del material e instrumental médico -aunque existieran-, deficiencias imputables a los acusados recurridos, las causantes de la súbita ignición y, por tanto,... ante la ausencia de un requisito esencial de todas las infracciones culposas cualquiera sea su especie o intensidad, procede la desestimación conjunta de los dos motivos”.

La ya citada STS de 18 de noviembre de 1991, que versa sobre transfusión de sangre contaminada por el virus del VIH, dio lugar al análisis de la responsabilidad de personas con funciones administrativas: el director general del hospital, que ni siquiera era médico de formación, y el director-médico que sí tenía esa formación profesional. En el caso la directora del laboratorio clínico demandaba de la dirección la adquisición de reactivos con los cuales hacer las pruebas de VIH a la sangre, requerimientos que recibió el director médico, sin transmitirlos al director general; este último ni siquiera fue acusado por el delito de lesiones personales, pero sí por el de expendio de medicamentos previstos en los arts. 343 y 343 bis del C. P. de 1944, delito del que fue absuelto por razones vinculadas a la estructura del tipo. A pesar de ello, al aludir a los deberes del director general del establecimiento, señala que éste:

“...no se preocupó, adecuadamente, como correspondía al cargo que desempeñaba para, entre otros aspectos, vigilar y controlar el suministro, movimiento y estado de los medicamentos y efectos necesarios para la actividad diaria del centro”.

Añadiendo más adelante que:

“tenía el deber de actuar vigilando el material médico, la sangre donada y la sangre transfundida, deber que nacía de la relación contractual por él asumida con el cúmulo importante de obligaciones y facultades para dirigir, desde su cargo, toda la infraestructura del centro médico. Al no hacerlo así..., vino a crear el daño potencial, dio vida al peligro en cuestión”.

En dicha sentencia se condena como autores de lesiones personales al director médico del hospital y a la directora del laboratorio; sin hacer ningún análisis acerca su carácter de coautores o de la forma como la responsabilidad del uno condicionara la del otro. Y en lo que a la relación entre director general y director médico respecta, analizando la cuestión desde la perspectiva de los deberes que impone la delegación de funciones, SILVA ha considerado que la atribución al superior administrativo de una función de vigilancia del inferior de la que pudiera derivarse la atribución del carácter de autor, es desproporcionada:

“Existiendo un Director-Médico, la competencia de un Director-Gerente que ni siquiera posee conocimientos médicos no puede extenderse a la vigilancia del material médico. En todo caso, y admitida la dudosa relación jerárquica, se trataría solo de supervisar de modo muy genérico y siempre desde perspectivas de gestión racional, la actuación del responsable”.

El mismo autor añade más adelante:

“...si la relación, en lugar de seguir siendo vertical, como la sentencia parece estimar, fuera horizontal, con mayor motivo todavía regiría el principio de autorresponsabilidad y de separación de esferas de competencia (en la línea del ya tradicional principio de confianza, pero trascendiendo más allá del mismo); lo que fundamentaría todavía más la ausencia de responsabilidad de ... (el Director General)”⁷¹¹.

Lo que plantea este caso de nuevo es la posibilidad de imputar responsabilidad penal a quien por ostentar una posición jerárquicamente superior dentro de una estructura administrativa al interior de la cual se generan y se deben controlar riesgos, ostenta un

⁷¹¹ SILVA, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, p. 29. Afirma coincidir con esta solución GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., p. 446.

determinado deber de vigilancia, que impondría a la vez el deber de actuar para neutralizar ciertos riesgos que se atribuyen a su ámbito de dominio.

En general los deberes de los superiores funcionales, incluido el de vigilancia, no son fijos pues dependen de la dinámica como se preste el servicio en la situación concreta.

Puede afirmarse que existe un deber general de asegurar unas condiciones idóneas para la actividad de riesgo que supone el ejercicio de la medicina dentro del ámbito que está bajo el dominio de quien debe organizar la estructura administrativa; pero ese deber genérico tendrá alcances diferentes dependiendo de la forma como se configuren las relaciones entre los integrantes de dicha estructura. Desde esa perspectiva la decisión del TS en lo que al director del hospital respecta, en el caso de la transfusión de sangre contaminada con el virus del VIH parece satisfactoria.

La ya citada STS de 4 de septiembre de 1991, Mg. MARTÍNEZ-PEREDA, responsabiliza como autor de homicidio al director de un hospital en el que se realizó una cirugía en la que no se conectó un equipo de monitoreo y el anestesiólogo se retiró del quirófano, presentándose una complicación que causó la muerte del paciente. Dice la providencia, en lo que al director respecta que:

“Si no hubiera tolerado una peligrosa y gravemente negligente práctica, es evidente que el encargado de la anestesia, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad al permanecer junto al paciente..., en su doble condición de médico y director,... no debió permitir esa peligrosa y habitual práctica de abandono y ausencia del debido control y vigilancia en los facultativos de la anestesia”.

La STS de 24 de noviembre de 1997 (Mg. MONTERO F.), declara la responsabilidad del director de una clínica y de un anestesiólogo por las complicaciones presentadas en un paciente de 16 meses de edad que tras la culminación del procedimiento sufrió una parada cardio-respiratoria que requirió de traslado a una entidad con UCI. En lo que al anestesiólogo respecta, se le reprochó la tardanza en ordenar el traslado; en tanto que al director de la clínica se le reprochó:

“que no existía un equipo móvil de respiración asistida que permitiera una correcta oxigenación durante el traslado del enfermo para paliar los efectos de la anoxia, así como tampoco, ambulancia propia y personal específico para traslados de dicha naturaleza.

Por lo que, en consecuencia, no se aplicó durante el desplazamiento un procedimiento de respiración asistida salvo el procedimiento de respiración rudimentario efectuado, por el que iba soplando el mismo anestesista”.

Afirmaciones de este tipo obligan a indagar si existe un deber de disponer siempre de equipos necesarios para la atención de pacientes complejos durante el traslado a las instituciones donde se les pueda atender, lo que resulta bastante discutible.

También se ocupa de la responsabilidad del director de una clínica la STS de 27 de noviembre de 2001 (Mg. GRANADOS P.). En este caso, una paciente sometida a una mamoplastia que concluyó al final de la noche, presentó en la mañana siguiente señales de disnea que aconsejaron su traslado a una clínica con UCI. Tras la orden de traslado y la llegada de ambulancia transcurrieron más de dos horas, durante las cuales la paciente estuvo ventilada, y presentó un paro cardiorrespiratorio al llegar a la entidad de destino. En este caso se procesó a tres médicos involucrados con la parte asistencial y a uno en la administrativa. Manifiesta la STS que les es común a todos, el que

“siendo conscientes de que una paciente se encuentra en grave estado, que su evolución va progresivamente deteriorándose, que la Clínica en la que trabajan como facultativos y como Dirección, respectivamente, no tiene los medios para atenderla, que el traslado a un Hospital que sí los tenga se hace necesario y urgente; no obstante ello, el traslado no se efectúa porque no existe una ambulancia disponible en determinada empresa de ambulancias, y los tres facultativos responsables de su salud como el DIRECCIÓN (sic) de la Clínica, no hacen nada durante horas para que se haga efectivo el traslado requerido. La situación llega a degradarse de tal modo que se hace necesaria la intubación... y solo cuando la situación alcanza tan intensa gravedad se les ocurre llamar a una ambulancia UVI móvil que se presenta en pocos minutos...

La posición de garante de los cuatro acusados aparece incuestionable en cuanto les incumbía atender a la salud de la paciente y estaban en posición de dominio sobre lo que había que decidir para atajar, con los medios precisos, una progresiva y negativa evolución de su estado físico”.

Más adelante concreta la imputación contra el director así:

“es requerido para avisar a una ambulancia dada la gravedad que presentaba la paciente. Contacta con una empresa... donde le informan que no pueden prestarle un inmediato servicio y no obstante ello no adopta las medidas precisas para avisar a otra empresa o servicio público de ambulancias hasta que transcurren varias horas”.

Esta sentencia evidencia de nuevo la asunción por parte de la jurisprudencia del TS de un concepto unitario de autor. La afirmación, correcta por demás, de que todos los procesados ostentaban posición de garante sobre la paciente, no significa que todos tuvieran el mismo deber de actuación. Si la responsabilidad se pretende derivar de la no consecución oportuna de una ambulancia que permitiera el traslado temprano de la paciente a una institución donde pudiera contar con una UCI, solo debería responsabilizarse a quien fuera el encargado de dicha gestión, y no a cualquiera que tuviera algún deber de actuación por el hecho de ostentar posición de garante.

CONCLUSIONES

1. La elaboración del concepto dogmático de hecho punible puede hacerse a partir de opciones metodológicas diversas. Una de ellas supone reconocer los fines y funciones que el Derecho penal está llamado a cumplir en sociedad; ello, aunado a las funciones que en concreto cumple la norma jurídico-penal permite estructurar el injusto penal sobre un juicio dual de desvalor. Esta visión no por clásica, y combatida por planteamientos más recientes deja de ofrecer criterios razonables y seguros para la construcción de un modelo de hecho punible coherente con las opciones materiales que fundamentan el sistema.
2. La diferenciación entre las funciones de la norma permite afirmar la existencia de dos juicios de desvalor que sirven de soporte a la estructura del injusto: el desvalor de acto y el de resultado, que con el paso del tiempo se han estructurado a partir del concepto de riesgo: el ilícito depende de que con la actuación se cree un riesgo jurídicamente desaprobado que se materializa en el resultado.
3. Las razones para la desaprobación jurídica del riesgo generado por una actuación son variadas y tienen orígenes diversos. Tienen que ver con la ponderación de los intereses en conflicto, pero también son fundamentales en ello las reglas de configuración de la sociedad dentro de la que se efectúa la respectiva valoración.
4. Las profesiones sanitarias entrañan en general actividades de riesgo. Los riesgos generados por ellas pueden considerarse atípicos y sólo adquirirán relevancia cuando las conductas mediante las cuales se les despliegan se ejecuten en condiciones distintas a las que según el ordenamiento jurídico determinan su licitud.
5. La imprudencia es básicamente un adjetivo de la conducta, y supone un juicio normativo acerca del alejamiento de las pautas de actuación que el ordenamiento jurídico imponía en el caso concreto. Es razonable sin embargo, dentro de esa valoración intersubjetiva de la actuación y a efectos de determinar el alcance de la

licitud, indagar si el sujeto estaba o no en condiciones de advertir la forma como su actuación podía comprometer el bien jurídico tutelado por la norma jurídica. Más allá de la existencia o no de un deber de información, ello supone reconocer el papel de la previsibilidad en la determinación de lo ilícito.

6. El injusto es una magnitud graduable y su gravedad depende de una serie de variables que atañen a las circunstancias en las que se ejecute el comportamiento de riesgo y al grado de afectación al bien jurídico.
7. La atribución del resultado a la actuación de riesgo desaprobada supone además de la causalidad en los casos de comisión, un juicio normativo en el que la causalidad hipotética aunada al fin de protección de la norma siguen siendo relevantes. Un Derecho penal respetuoso de las garantías de los ciudadanos debería indagar por los efectos protectores del bien jurídico que hubiera de derivarse de la observancia de la norma de conducta cuya infracción permite considerar que el riesgo es jurídicamente desaprobado o que se le generó mediante una conducta infractora de un deber de cuidado.
8. La discusión acerca de la relevancia del conocimiento efectivo del agente en la caracterización del dolo, constituye un reflejo de una discusión más profunda acerca de la relevancia de los datos fácticos al elaborar las categorías dogmáticas. La metodología que propone el reconocimiento de esos datos de la realidad como base de las categorías resulta satisfactoria y adecuada.
9. El ejercicio efectivo de la capacidad de prever, es decir, la previsión de los posibles efectos de la actuación o de los demás elementos del tipo objetivo no determina *per se* que la actuación deje de ser imprudente para tornarse dolosa. La sola previsión de los efectos posibles de la actuación no denota que la persona esté incorporando el resultado a su proyecto de actuación, que parece ser el elemento determinante de la existencia de dolo.
10. El empleo de las teorías unitarias para determinar a quién ha de considerarse autor del delito imprudente resulta insatisfactorio. También en el delito imprudente debe reconocerse la diferenciación entre autores e intervinientes que no lo son, y a esos efectos resulta útil y coherente la teoría de la determinación objetiva del hecho.

11. El tratamiento de quienes no han determinado objetivamente la realización del hecho, efectuando no obstante un aporte a la realización del mismo deberá ser el de partícipes, cuya punibilidad ha de depender fundamentalmente de la entidad de su aporte a la afectación del bien jurídico.
12. Las conductas de participación imprudente serán punibles, además, en la medida que se acepte la participación sin que se hayan alcanzado acuerdos respecto al logro de un objetivo común.
13. La determinación de responsabilidades a los partícipes en sentido amplio obliga a indagar por la forma como las distintas actuaciones se materializan en el resultado de lesión o de peligro. La existencia de deberes de evitación del resultado o de neutralización del riesgo, impuestos por el ordenamiento jurídico a terceros distintos de los causantes del riesgo inicial conducen a que en general el resultado no se pueda atribuir al generador inicial del riesgo más que como un eventual partícipe, pero no como autor del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, Comares, 2004.

AGUADO LÓPEZ, Sara. “Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el CP de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999”, *AP* 12, 2001.

ALASTUEY DOBÓN, María del C. “Delitos de comisión por omisión”, *ADPCP*, 1992.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “El juicio de adecuación de la conducta”, *ADPCP*, 1996.

--, “Facticidad y normatividad”, *ADPCP*, 1999.

--, *La tentativa inidónea*, Granada, Comares, 2001.

--, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2002.

--, *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2003.

--, “Apuntes sobre el concepto de delito”, *Dp contemporáneo* 2, 2003.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor, UAM/Civitas/Thomson, 2010.

ALONSO PÉREZ, Mariano. “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil. (En torno a la “*lex artis*””, E. FABIÁN (ed.), *Responsa Iusperitorum Digesta* Vol. II, Salamanca, U. de Salamanca, 2001.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

ANARTE BORRALLA, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, Huelva, U. de Huelva, 2002.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. “Derechos humanos y ensayos clínicos”, *Derechos y libertades* 7, 1999.

ARCOS VIEIRA, María Luisa. “*Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*”, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2005.

ARIAS HOLGUÍN, Diana P. “La ayuda posterior mediando concierto previo o concomitante a la consumación del hecho punible en el CP colombiano”, *NFP* 64, 2003.

ARIAS HOLGUÍN, Diana P./SOTOMAYOR ACOSTA, Juan O. “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la ‘teoría de los delitos de infracción del deber’”, *DP Comtemporáneo*,

ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, 1981.

--, *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Barcelona, Praxis, 1988.

--, “La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del Sida”, *Derecho y salud* 4.

ASÚA BATARRITA, Adela. “Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente”, *Jano*, Vol. XLVIII, 1995

ASÚA, Adela/DE LA MATA BARRANCO, Norberto. “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *La Ley*, 1990-3

BACIGALUPO, Enrique. “Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho penal”, *Revista de derecho público*, 1981.

--, “El concepto de norma”, en *RFDUCM*, Monográfico 11, 1986.

--, “El consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal españoles”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.) *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, U. Complutense/Ministerio de justicia, 1995.

--, *Principios de DP, PG*, 5 ed., Madrid, Akal, 1998.

--, “Comentario(s)” a los arts.10 a 14, en C. CONDE-PUMPIDO T. (Dir.), J. LÓPEZ BARJA DE Q. (coord.), *Comentarios al CP* 1, Barcelona, Ed. Bosch, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, *ADPCP*, 1979.

--, “Agresión médica y consentimiento del paciente”, *CPC*, 1985.

--, *Derecho penal, Parte Especial*. T.I, 2 ed., 4 reimp., Madrid, Centro Editorial Ramón Areces, 1992

--, “Testigo de Jehová y transfusión de sangre”, *Jano*, Vol. XLVIII, 1995.

-- (Dir), *Compendio de Derecho penal (Parte Especial,)* Vol I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

--, “La nueva ley de autonomía del paciente”, en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/J.M. ZUGADÍA (coords.), *Dogmática y ley penal*, LH a Enrique Bacigalupo T. II, Madrid, Instituto Universitario de investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004.

BARREDA GARCÍA, Armando A. “Obligaciones legales. Facultativos en los partos”, *CPC*, 1987.

--, “La relación de causalidad en las imprudencias médicas”, *CPC*, 1989.

--, “La responsabilidad civil del INSALUD”, *CPC* 47, 1992.

--, “Las posibles imprudencias de los anestelistas”, *CPC* 53, 1994.

--, “La temeridad actual en el actuar médico”, *CPC* 54, 1994.

--, “El consentimiento del paciente para ciertos procedimientos o intervenciones”, *CPC* 62.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. “El dolo en la actividad sanitaria con resultado de lesiones o muerte del paciente. El problema del dolo eventual”, en L. MORILLAS C. (Dir.)/J.M. SUÁREZ (Coord.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./Cruz Blanca, Ma. J., “La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica”, en L. MORILLAS C. (Dir.)/J.M. SUÁREZ (Coord.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson, 2009.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Tecnos, 1987.
- , *Estudios sobre el delito de lesiones*, 2 ed., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1994.
- , “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en I. BERDUGO/L. ARROYO (coords.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, Vol. 2, Cuenca, U. de Castilla La Mancha/U. de Salamanca, 2001
- BERDUGO, Ignacio Y OTROS (ARROYO, Luis/ FERRÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO-PIEDecasas, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ ACALE SÁNCHEZ, María/ NIETO MARTÍN, Adán/ DEMETRIO CRESPO, Eduardo/ PÉREZ CEPEDA, Ana), *Curso de Derecho penal, parte general*, 2 ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010.
- BERNATE OCHOA, Francisco, “Responsabilidad pena médica, trabajo en equipo y principio de confianza”, en *Dp contemporáneo* 27, 2009.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. “Relevancia penal de la omisión o del exceso de la información terapéutica”, *AP*, 1997.
- BOLEA BARDÓN, Carolina. “Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros”, *ADPCP*, 1994.
- BOTTKE, Wilfried. “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, Trad. L. Gracia/MC Alastuey, en S. MIR/DM LUZÓN (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, JM Bosch, 1996.
- BUENO ARÚS, Francisco. “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad”, *Estudios de Derecho penal y criminología*, 1989, T. I.
- , “Valor jurídico de la voluntad del paciente en relación con el tratamiento médico y especialmente con el tratamiento vital”, *Jano*, Vol. XLVIII, 1995.
- BURKHARDT, Björn. “Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*” Trad. R. Alcácer G., en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* 11, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Política criminal y dolo eventual”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984.
- , *El delito culposo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- BUSTOS, Juan/HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de DP, PG.*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2006.
- CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998.
- , “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal”, *NFP* 61.
- , “Dogmática penal y víctima del delito”, en F. VELÁSQUEZ (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana*, L.H. al Dr. Hernando Londoño Jiménez, Bogotá, Temis, 2005.
- , “La imprudencia médica en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en R. POSADA M. (coord.), *Delito político, terrorismo y temas de DP*, Bogotá, U. de los Andes, 2010.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel. “Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas”, en *CDJ*, 1993.

CAMIÑA, María Cristina. “Algo más sobre la posición de garante del médico”, *Doctrina penal*, 1987.

CAMPOS QUIROGA, Jaime A. “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia”, *Revista de ciencias penales*, 3 época, 1978-1981.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, 1 reimp., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1995

--, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Dp. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima en actividades arriesgadas*, Barcelona, JM Bosch, 1998.

--, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México DF, Ángel Editor, 2001.

--, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho punible?”, *Dp contemporáneo*, 10.

CANCIO MELIÁ/PEÑARANDA RAMOS. “Primer comentario”, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES (Coords), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, U. de León, 2004.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/M. GURDIEL S/E. CORTÉS B. (coords) *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

CARO JOHN, José A. *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, Grijley, 2003.

CASAS BARQUERO, Enrique. *El consentimiento en Dp*, Córdoba, U. de Córdoba, 1987.

--, “La importancia del consentimiento en la teoría general del delito”, *Doctrina penal* 11, 1988.

CASTALDO, Andrea. “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, Trad. E. Ruiz de Erenchun, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1.997,

--, *La imputación objetiva*, Trad. A. Bonanno, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004.

CASTAÑO DE RESTREPO, Patricia/WEINGARTEN, Celia/ LOVECE, Gabriela/ GHERSI, Carlos A. *Contrato médico y consentimiento informado*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2001.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Autoría y participación en el DP*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.

CEREZO MIR, José. “El tipo de lo injusto en los delitos de acción culposos”, *ADPCP*, 1983.

--, “Autoría y participación en el CP vigente y el futuro CP”, en *Problemas fundamentales del DP*, Madrid, Tecnos, 1982.

--, “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación” en *Estudios de Dp y criminología en hom. del prof. Rodríguez Devesa*, T.I., Madrid, 1989.

--, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.) *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, U. Complutense/Ministerio de justicia, 1995.

--, *Curso de Derecho penal español*, T. I, 6 ed., Madrid, Tecnos, 2004.

--, *Curso de Derecho penal español*, T. II, 6 ed., 6 reimp., Madrid, Tecnos, 2004.

- , *Curso de Derecho penal español*, T. III. 1 ed., 4 reimp. Madrid, Tecnos, 2004.
- COBO, Manuel/VIVES Tomás S. *Derecho penal, Parte general*, 5 ed., actualizado por V. Valldecabres, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.) *Derecho penal español, Parte especial*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2005.
- COBO GÓMEZ DE LINARES, Miguel A. “El problema de las lagunas conscientes y la jurisprudencia creativa a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional”, *Poder Judicial* 18, 1990.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989.
- , “Imputación “objetiva” en el delito imprudente”, en CDJ 1993.
- , “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva”, *ADPCP* 1996.
- , “Libertad de terapia versus consentimiento” en M. CASADO (Coord.), *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998.
- , “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: Libro Homenaje al prof. dr. Don Ángel Torío López*, Granda, Comares, 1999.
- , *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- CÓRDOBA RODA, Juan. “Configuración de la imprudencia en el nuevo CP”, *Derecho y salud*, Vol. 4, Nro. 1, 1996.
- , “El juez y el perito en la determinación de la norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica”, *La ley*, 2002.
- CORREA SARMIENTO, Ana C. “El consentimiento presunto como causal de justificación en el Dp alemán”, en E. MONTEALEGRE/J.A. CARO (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH al prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2008
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho penal chileno*, T. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CRUZ BLANCA, María J. “La imprudencia penal del médico residente en formación (MIR), de su tutor y de otros especialistas encargados de su supervisión” en L. MORILLAS C. (Dir.)/J.M. SUÁREZ (Coord.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson, 2009.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, Ministerio de justicia, 1990.
- , *El Derecho penal español, PG*, Vol. I, 3 ed., Madrid, Dykinson, 2002.
- , *El Derecho penal español, PG*, Vol. II, 3 ed., Madrid, Dykinson, 2009.
- , “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3 época, Nro. 2, 2009.

CUERDA RIEZU, Antonio. “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en DP español”, *ADPCP*, 1992.

CURADO NEVES, Joao. *Comportamento licito alternativo e concurso de riscos*, Lisboa, Associacao académica da Faculdade de Directo de Lisboa, 1989.

CURY URZÚA, Enrique. “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)”, *Revista de ciencias penales*, 3º época, 1978-1981.

CHAIA, Rubén. *Responsabilidad penal médica*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

CHOCLÁN MONTALVO, José A. *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998.

--, “Sobre la evolución dogmática de la imprudencia”, *AP* 1999.

--, “Deber de cuidado y riesgo permitido”, en P Castellano (Dir). *La responsabilidad penal en las actividades de riesgo*, Madrid, CGPJ, 2002.

DA COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*, Reimpresión. Coimbra, Coimbra Editora, 2004

--, “Consentimento em direito penal médico - o consentimento presumido”, *Revista portuguesa de ciencia criminal*, ano 14 Ns. 1-12, janeiro-junho 2004

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO. “Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica”, *Derecho y salud*, Vol. 1 nro. 1, jl-dic. 1993

--, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, en *Derecho y salud*, nro. 3, enero-junio de 1995.

DE FIGUEIREDO DIAS, “Velhos e novos problemas da doutrina da negligencia”, en *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra, Coimbra editora, 2001.

--, “La instigación como autoría. ¿Un réquiem por la “participación” como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?”, en Hom. al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005.

--, *Direito penal, Parte Geral*, Tomo I, 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995

DE VICENTE REMESAL, Javier. “Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en S. MIR/DM. LUZÓN (Coords). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999.

DE VICENTE REMESAL, Javier/RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Virgilio. “El médico ante el Dp”, en F. PÉREZ/M.A. NÚÑEZ/I. GARCÍA (coords.) *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, U. de Salamanca, 2007.

DEL CASTILLO CODES, Enrique. *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, Dykinson, 2007.

DEL CORSO, Stefano. “Il consenso del paziente nell’attività medico-chirurgica”, *RIDPP* 1987.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo* 28, Jl-sept 2009.

DÍAZ PITA, María del M. *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
--, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La ley, 2008.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José M. (coords.) *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, U. de León, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *CPC*, 1986.
--, *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990.
--, *Los delitos de lesiones*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L./GRACIA MARTÍN, Luis (coords.) *Comentarios al Código penal*, T.I, Valencia, Tirant lo blanch, 1997

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid, Lex Nova, 2003.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal, Parte general*, Tomo V, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia, Tirant lo blanch/U. de Valencia, 1999.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2 ed. Berlin, Scientia Verlag, 1930.
--, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Trad. M. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

ESER, Albin. “Lesiones deportivas y derecho penal”, *La ley* 1990-2.
--, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Dp alemán”, en ESER (Ed.), *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, U. Complutense, 1995.
--, *Derecho penal, medicina y genética*, Comp. M. Abanto, Lima, Idemsa, 1998.
--, --, “Problemas de justificación en la actividad médica”, Trad. E. Farré.
--, --, “Entre la “santidad” y la “calidad” de la vida”, Trad. P. Laurenzo.
--, --, “Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico”, Trad. M. Alonso.
--, *Estudios de Derecho penal médico*, Trad. y Ed. M. Abanto, Lima, Idemsa, 2001.
--, --, “Medicina y derecho penal: Un panorama orientado en el bien protegido”
--, --, “El médico dentro del campo de tensiones entre el Derecho y la ética”.
--, --, “El investigador como “autor” y “víctima”.
--, “La adecuación social”: ¿figura superflua o necesaria?”, Trad. M Picasso/P. Lucero, *Revista de DP* 2002-1.
--, “Perspectivas do direito (penal) da medicina”, Trad. al portugués CPL Lda., *Revista portuguesa de ciencia criminal*, ano 14 Ns. 1-12, janeiro-junho 2004.

ESER, Albin/BURKHARDT, Bjorn. *Derecho penal*, Trad. S. Bacigalupo/M. Cancio, Madrid, Colex, 1995.

FARALDO CABANA, Patricia. “El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, *Poder Judicial* 55.

FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Madrid, Colex, 1997.

--, “La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda””, *CPC* 62, 1997.

--, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *CPC*, 1998.

--, *Límites de la participación criminal*, Granada, Comares, 1999.

--, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza, Edijus, 1999.

--, “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, *RDPC*, 2 época, 5, 2000.

--, “Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Dp español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, *La ley* 2000-1.

--, “Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible”, en *PJ*, 61, 2001

--, “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español”, en G. QUINTERO/F. MORALES (coords.) *El nuevo Dp español: estudios penales en memoria del prof. JM Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001.

--, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, JM Bosch, 2001.

--, “El principio de confianza como criterio de imputación normativa en el Dp: fundamento y consecuencias dogmáticas”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nro. Extraordinario 1, 2000.

--, *Imputación objetiva en DP*, Lima, Instituto peruano de ciencias penales/Grijley, 2002.

--,--, “El riesgo permitido. Consideraciones generales y fundamento”.

--, *Teoría de la imputación objetiva*, 2 reimp., México, Ángel Editor, 2003.

--, “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?. De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999”, en J.M. ZUGALDÍA/J. LÓPEZ B. (coords.) *Dogmática y ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

--, “Prolegómenos para una teoría comunicativa del delito. La celebración de 15 años de diálogo científico con Günther Jakobs”, en E. MONTEALEGRE/J.A. CARO (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, L al prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2008.

--, “Caso de los pelos de cabra”, en P. SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, La ley, 2011.

FELIP I SABORIT, David. *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. “Asistencia médica y omisión del deber de socorro”, *Estudios penales y criminológicos*, 1984.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Dp fundamental 1*, 3 ed., Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

--, *Dp fundamental*, T. II, 2 ed., 2 reimp. Bogotá Temis, 1998.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. “La responsabilidad civil médica”, *La ley* 1986,3.

FERNÁNDEZ DE SEVILLA MORALES, Miguel. *La enfermería ante la justicia*. Madrid, Edisofer, 2007.

- FERRAJOLI, Luigi. “El Dp mínimo” (trad. R. Bergalli), en *Poder y Control* 0, 1986.
 --, *Derecho y razón*, 1 ed. española, Trad. J. Terradillos y otros, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRÉ O., Juan C./NÚÑEZ P., Miguel A./ RAMÍREZ B., Paula A., *DP colombiano, PG*, Bogotá, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *DP, PG*, Trad. de la 4 ed. italiana por L.F. Niño, Bogotá, Temis, 2006.
- FRAILE COLOMA, Carlos. “Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica”, *Revista de Dp*, 3, Mayo 2001.
- FREUND, Georg. “Fundamentos de la imprudencia punible”, Trad. J. Dopico/L. Pozuelo, *Revista de Derecho penal*, 2002-2.
- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, Coord. de la trad. A. Ventura, Madrid, Colex, 1995.
 --, “La imputación objetiva: Estado de la cuestión”, en ROXIN Y OTROS, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Trad. R. Robles, Madrid, Civitas, 2000.
 --, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la empresa y de la división del trabajo”, Trad. J.M. Paredes, en S. MIR/DM LUZÓN (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, JM Bosch, 1996.
 --, “Delito y sistema del delito”, Trad. R. Robles, en J. WOLTER/G. FREUND (eds.) *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
 --, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Trad. J. Cuello/J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2004
 --, “Consentimiento e consentimiento presumido nas intervencoes médico-cirúrgicas”, Trad. al portugués M. Costa Andrade, *Revista portuguesa de ciencia criminal*, ano 14 Ns. 1-12, janeiro-junho 2004.
- FRISTER, Helmuth, *DP, PG*, trad. de la 4 ed. alemana, por M. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. J. Córdoba, Barcelona, Bosch, 1959.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida e integridad física asumida directamente por su titular*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio)”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1995-3.
 --, “Comentario al art. 155”, en J. CÓDOBA RODA/M. GARCÍA ARÁN, (Dirs). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T. I., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- GARCÍA CAVERO, Percy. “La imputación subjetiva en Dp”, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, 5, 2004.
 --, *Lecciones de DP, PG*. Lima, Grijley, 2008

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, Edisofer, 2002.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. “La imprudencia profesional: una especie a extinguir”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: Libro Homenaje al prof. Dr. Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.

GARZÓN REAL, Baltasar. “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria”, *La ley*, 1987-4.

GIL GIL, Alicia. “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto. La determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”, en *Revista penal*, Nro. 1 2002, Buenos Aires, 2002.

--, “Recensión a *Resultado lesivo e imprudencia*, de B. Feijoo”, *RDPC* 2 época, 16, 2005.

--, *El delito imprudente*, Barcelona, Atelier, 2007.

GIMBERNAT, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Centro Editorial Ramón Areces, 1990.

--, *Estudios de DP*, 3 ed., Madrid, Tecnos, 1990.

--, --, “Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (El caso Vinader)”.

--, --, “Qué es la imputación objetiva?”.

--, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2003.

--, --, “Comisión, omisión e imprudencia”.

--, --, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”

--, Prólogo a ALCÁCER, *La tentativa inidónea*, Granada, Comares,

--, “Comentario al art. 11” en *Comentarios al Código penal*, T. I, M. COBO (Dir), Madrid, Edersa, 1999.

--, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en E. OCTAVIO/M.GURDIEL/E. CORTÉS, *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

--, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *ADPCP*, 2005.

--, “Otra vez: Conducta de la víctima e imputación objetiva”, en F.J. VIEIRA (Dir.), *Nuevas posiciones en la dogmática penal*, CGPJ, Madrid, 2006.

--, “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, *ADPCP*, 2008.

GÓMEZ BENÍTEZ, José M. “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, *RFDUCM* Nro. 69, 1983.

--, *Teoría jurídica del delito. DP, PG*, Madrid, 1984.

--, “El dominio del hecho en la autoría”, *ADPCP*, 1984.

--, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.

--, “La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales”, en E. GIMBERNAT/B. SCHÜNEMANN/J. WOLTER (Eds), *Omisión e imputación objetiva en Dp*, Madrid, U. Complutense/Ministerio de Justicia, 1994.

--, “El concepto de dolo en la moderna dogmática penal”, en F.J. VIEIRA (Dir.), *Nuevas posiciones en la dogmática penal*, Madrid, CGPJ, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús O. *Teoría del delito*. Bogotá, Ediciones Doctrina y ley, 2003.

- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona, JM Bosch, 1997.
- GÓMEZ RIVERO, Maria del C. *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.
- , “Criterios normativos y nuevos problemas dogmáticos”, en *DP Contemporáneo* 2, 2003.
- , *La responsabilidad penal del médico*, 2 ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios, Artículo 196 del Código penal*, Valladolid, U. de Valladolid, 1999.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Ersilia. “Autonomía y tratamiento médico del menor”, en MENDOZA B, Blanca (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Cizur Menor, UAM/Civitas/Thomson, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos”, en E. OCTAVIO/M. GURDIEL/E. CORTÉS (coords.) *Estudios penales en recuerdo de Prof. Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L./MIRA B., Javier. “Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva”, en DÍEZ R., ROMEO C., GRACIA M., HIGUERA G. (eds), *La ciencia penal ante el nuevo siglo. LH al prof. Dr. D. Jose Cerezo Mir*, reimp., Madrid, Tecnos, 2003.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis. “Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista”, *La ley*, 1989-2.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Lección 4: Las lesiones”, en COBO DEL ROSAL (Dir). *Derecho penal español, Parte Especial*, 2 ed. Madrid, Dykinson, 2005.
- GÖSSEL, KARL HEINZ, “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia (Fahrlässigkeitslehre)”, en *Revista de Derecho penal*, 2002-1.
- GRACIA GUILLÉN, Diego. “Jurisprudencia y “lex artis”, en Alb. JORGE/D. GRACIA (Dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, CGPJ/Ministerio de sanidad y consumo, 1994.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Dp y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001.
- , *Fundamentos de dogmática penal*. Barcelona, Atelier, 2006.
- GROSSO GARCÍA, Manuel S. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, 2 ed., Bogotá, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006.
- , --, “La teoría normativista de Günther Jakobs ¿Subjetivismo penal o renovación del pensamiento de Carrara?”.
- GULLCO, Hernán Victor. “La posición de garante del médico”, *Doctrina penal*, 1987.
- GUISASOLA LERMA, Cristina. *La imprudencia profesional*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”, Trad. Ma. Del Mar Díaz P., *ADPCP*, 1990.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

HAVA GARCÍA, Esther. *La imprudencia inconsciente*, Granada, Comares, 2002.

--, *La imprudencia médica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001.

--, “Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario”, en *Revista de derecho penal*, Delitos culposos-I, 2002-1

HERNÁNDEZ TREVIÑO, Aurelio/ZUGALDÍA ESPINAR, José M. “La “medicina popular” y la “medicina alternativa” ante el derecho penal: especial consideración del delito de intrusismo”, *CPC* 54, 1994.

HERZBERG, Rolf-D. “El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa”, en S. MIR/D.-M. LUZÓN, (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999.

HIGHTON, Elena/WIERZBA, Sandra. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires Ad-hoc, 1991.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan F. *El delito de coacciones*, 2 ed., Barcelona, Bosch, 1983.

HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Trad. C. J. Suárez, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1993.

--, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.) *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, U. Complutense/Ministerio de justicia, 1995.

--, “Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado” o sobre el estado de cosas”, en Díez R., ROMEO C., GRACIA M., HIGUERA G. (eds), *La ciencia penal ante el nuevo siglo. LH al prof. Dr. D. Jose Cerezo Mir*, reimp., Madrid, Tecnos, 2003.

--, “Peligro y peligrosidad”, Trad. E. Sola, *ADPCP*, 1996.

--, “La teoría de la imputación objetiva”, Trad. D Pastor/E. Demetrio, en *Obras completas*, T.I, Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, 1999.

--, “Sobre lo injusto del delito imprudente”, Trad. E. Demetrio, *RDPC* Nro. 16, 2 época, 2005.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984.

HURTADO Pozo, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, 3 ed., Lima, PUCP/Grijley/U. de Friburgo, 2005.

INFANTE RUIZ, Francisco José. *La responsabilidad por daños. Nexos de causalidad y causas hipotéticas*. Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

JAKOBS, Gunther. *La competencia por organización en el delito omisivo*, Trad. E. Peñaranda, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1994.

--, *Derecho penal, Parte general*, 2 ed., Trad. J. Cuello/J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.

--, *La imputación objetiva*, Trad. M. Cancio, Madrid, Civitas, 1996.

--, *Estudios de Dp*, Madrid, UAM/Civitas, 1997.

- , --, "Delito imprudente", Trad. M. Cancio.
- , -- "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el principio de confianza", Trad. E. Peñaranda.
- , "Indiferencia como dolo indirecto" en J.M. ZUGALDÍA/J. LÓPEZ B. (coords.) *Dogmática y ley penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- JESCHECK, Hans-H. *Tratado de derecho penal*, 4 ed. Trad. JL. Manzanares, Granada, Comares, 1993.
- JESCHECK, HANS-H/WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal*, 5 ed., (1996), Trad. M. Olmedo. Granada, Comares, 2002.
- JORGE BARREIRO, Alberto. "Jurisprudencia penal y *Lex Artis* médica", en Alb. JORGE/D. GRACIA (Dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, CGPJ/Ministerio de sanidad y consumo, 1994.
- JORGE BARREIRO, Agustín. "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", *CPC* 16, 1982.
- , *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, reimp., Madrid, Tecnos, 1995.
- , "Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico", en Alb. JORGE/D. GRACIA (Dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, CGPJ/Ministerio de sanidad y consumo, 1994.
- , "Consentimiento informado y autonomía del paciente", *Jano*, Vol. XLVIII, 1995.
- JUANES PECES, Ángel. "El deber médico de información como fuente de responsabilidad", *Revista jurídica de Cataluña*, 1995-3.
- JUFRESA PATAU, Francesc/GRASAS HERNÁNDEZ, Ferrán. "La responsabilidad penal en el ámbito hospitalario", *Revista jurídica de Cataluña*, 1995-4
- KAHLO, Michael. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal", Trad. R. Alcácer, en R. HEFENDEHL (Ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- KAUFMANN, Armin. "El dolo eventual en la estructura del delito", Trad. M. Moreno, *NFP* 1.
- , "El delito culposos", Trad. M. Moreno, *NPP*, 1976.
- KAUFMANN, Arthur. "La importancia de las causas del resultado hipotéticas en Dp", Trad. M. Sancinetti, en M. SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs. "Imprudencia y riesgo permitido", en *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Trad. C. López D., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1996.
- , *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Trad. J.P. Mañalich, N. Pastor, Lima, Grijley, 2007.
- , "Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Dp" Trad. Juan P. Mañalich, en *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima, Ara editores, 2008.
- KÖHLER, Michael. "La imputación subjetiva: estado de la cuestión", Trad. P. Sánchez-Ostiz, en ROXIN Y OTROS, *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid, Civitas, 2000.

LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Trad. C. Gómez-Jara, G. Orce. M. Polaino-Orts, Lima, Grijley, 2003
--, --, Reflexiones sobre el concepto material de hecho punible.

LARRAURI PIJOÁN, Elena. “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, *ADPCP*, 1988.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.

--, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Dp económico europeo*, Madrid, BOE, 1995.

--, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid, Civitas, 2002.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992.

--, *Dolo y conocimiento*, Valencia Tirant lo blanch, 1999.

LESCH, Heiko H. *Injusto y culpabilidad en Dp*. Trad. R Robles. Bogotá, U. Externado de Colombia, 2001.

Von LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, 3 ed. española, Trad. de la 18 ed. alemana por Q. Saldaña, Madrid, Reus, s/f.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho penal y responsabilidad médica*. Bogotá, Díké/U. del Rosario, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El consentimiento informado”, *CPC* 56, 1995.

--, “El delito imprudente”, en DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (Ed.), *Estudios sobre el CP de 1995*. Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1996.

--, *Acciones a propio riesgo*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2006.

LÓPEZ PEREGRÍN, Ma. Del Carmen. *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

LÜDERSEN, Klaus. “La figura del tipo del partícipe”, Trad. M. Sancinetti, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, nro. 7, Buenos Aires, 1997.

LUNA, Florencia, “Experimentación con seres humanos”, en CASADO, M. (comp.), *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “La determinación objetiva del hecho”, en *Estudios penales*, Barcelona, PPU, 1991.

--, *Curso de derecho penal, Parte general*, 1 ed., Madrid, Ed. Universitas, 1996.

--, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder judicial* Nro. 2, 1986.

--, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en JORGE BARREIRO, Alb (coord.). *Problemas específicos de la aplicación del CP*, Madrid, CGPJ, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios rectores de autoría”, en *Derecho penal contemporáneo* 2, 2003.

MAGRO SERVET, Vicente. *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Madrid, La ley, 2007.

MAIWALD, Manfred. *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Trad. al italiano, V. Militello, Torino, G. Giapichelli Editore, 1993.

--, “El consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal alemanes”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.) *Justificación y exculpación en DP*, Madrid, U. Complutense/Ministerio de justicia, 1995.

--, *De la capacidad de rendimiento del concepto de riesgo permitido para la sistemática del Dp*, Trad. M. Sancinetti, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1996.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La imprudencia en el nuevo Código penal”, *Actualidad penal* Nro. 1, 1997.

MAQUEDA ABREU, María L. “La idea de peligro en Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de cp de 1992”, *AP*, 1994.

MARAVÉ GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en Dp*, Cizur Menor, Civitas/Thomson, 2009

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, U. Complutense, 1992.

--, “La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación”, en *CDJ*, 1994.

MARTÍNEZ GALINDO, Gema. “Autoría y participación en la imprudencia sanitaria”, *Anuario de la Facultad de derecho de la U. de Alcalá*, Año 1997-1998.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. “La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del tribunal Supremo”, *AP* 15, 1994.

--, “La impericia e imprudencia en la actividad sanitaria”, *Revista del ministerio Fiscal*, Nro. 1, enero-junio 1995.

--, “Responsabilidad del odontólogo y estomatólogo”, *AP* Nro. 37, 1996.

--, “La omisión de socorro del profesional sanitario”, *AP* Nro. 41, 1997.

--, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, Comares, 1997.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*, Trad. J. Córdoba, Barcelona, Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, *DP, PG*, 1, 7 ed., Trad. J. Bofill/E Aimone, Buenos Aires, 1994.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz/ZIPF, Heinz, *DP, PG*, 2, 7 ed., Trad. J. Bofill/E Aimone, Buenos Aires, 1994.

MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

--, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Dp*. Lima, Ara Editores, 2009.

--, --, “Comisión por omisión”.

--, --, "Intervención delictiva mediante comportamientos omisivos".

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro, Técnicas de tipificación*, Madrid, U. Complutense, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca. "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal", *ADPCP*, 1999.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal*, 2 ed., Trad. J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1946.

--, *Derecho Penal, Parte General*, 6 ed. Trad. C. Finzi, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica argentina, 1955.

MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

--, --, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho".

--, --, "La perspectiva *ex ante* en Dp".

--, "Lesiones deportivas y DP", *Revista del Ilustre Colegio de abogados penalistas del señorío de Vizcaya*, 36, Mayo-junio 1987.

--, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", *ADPCP*, 1988.

--, "Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente", *ADPCP*, 1991.

--, "Conocimiento y voluntad en el dolo", *CDJ*, 1994.

--, "La "infracción penal", la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal", en G. QUINTERO/F. MORALES (coords.): *El nuevo Dp español: estudios penales en memoria del prof. J.M. Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

--, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Dp" en *Modernas tendencias en la ciencia del Dp y la criminología*, Madrid, UNED, 2001.

--, *Derecho penal, Parte general*, 8 ed., Barcelona, Reppertor, 2008.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La antijuridicidad penal*, Barcelona, JM Bosch, 2001.

--, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Dp*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2007.

MONTANO, Pedro J. *Medicinas alternativas y derecho penal*, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *La culpa en la actividad médica*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1988.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo/PERDOMO TORRES, Jorge F. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá, U. Externado de Colombia, 2006.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Aspectos penales del consentimiento informado", en *Estudios penales en recuerdo del prof. Ruiz Antón, Valencia, Tirant lo blanch*, 2004.

MORSELLI, Elio. "Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva", en I. BERDUGO/L. ARROYO (coords.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, Vol. 2, Cuenca, U. de Castilla La Mancha/U. de Salamanca, 2001

- MOZO MUELAS R./ARROYO URIETA, G. “La profesión médica ante el Derecho penal”, *Revista española de medicina legal*, Año XIX
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Dp*. Barcelona, Bosch, 1975.
 --, *Derecho penal, Parte Especial*, 18 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 8 ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2010.
- MURMANN, Uwe. “Sobre el tipo de la complicidad en DP”, Trad. R. Robles, *Revista del Poder Judicial*, 53, 1999.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*, Trad. L.G. Brond. Buenos Aires, Astrea, 2006.
- NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, Atelier, 1999.
- NINO, Carlos S. *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. “Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica (1ª parte)”, *Revista del ministerio Fiscal* Nro. 2.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “La reforma del consentimiento en las lesiones”, en M. COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2, Madrid, Edersa, 1985.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho penal (Parte general y parte especial)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- ORTS BERENGUER, Enrique/ GUINARTE CABADA, Gumersindo. “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en DÍEZ R./ROMEO C./ GRACIA M./HIGUERA G. (Eds.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, LH al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2003.
- OTTO, Harro. “Diagnosis causal e imputación del resultado en DP”, Trad. M. Sancinetti, en W. NAUCKE, H. OTTO, J. JAKOBS, C. ROXIN, *La prohibición de regreso en Dp*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1998.
- PANNAIN, Remo. “La colpa dell’esercente l’arte sanitaria”, *Revista italiana di Diritto e procedura penale*, 1955.
- PAREDES CASTAÑÓN, José M. “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, *ADPCP*, 1990.
 --, *El riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, Ministerio de justicia, 1995.
 --, “El límite entre imprudencia y riesgo permitido en derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?”, *ADPCP*, Fasc. III, 1996.
 --, “De nuevo sobre el caso de la colza: una réplica”, *Revista de Dp y criminología* 5, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN, José M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *El caso de la colza; responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*. Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica*, Madrid, Dykinson, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Tecnos, 1990.

--, "Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal", *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, 2, 2001.

--, "Cap V: Lesiones (I)", en BAJO (Dir) *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Vol I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, "Comentario Segundo", en BALDÓ Y OTROS, "Autoría o participación en determinados supuestos de "vigilancia"", Poder Judicial 27, septiembre 1992.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. *La protección penal del consumidor*, Barcelona, Praxis, 1991.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2006.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "La repercusión de los cursos causales hipotéticos en la atenuación de la pena", en A. CANCINO (Ed.) *El Dp español de fin de siglo y el Dp latinoamericano, Estudios en Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

--, *Estudios sobre los fundamentos de Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.

PIERANGELI, José Enrique. *El consentimiento del ofendido*, Trad. de la 2 ed., L.F. Niño, S.M. Martínez, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

PIZARRO BELEZA, Teresa. "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: Titularidad versus dominio del hecho", en J.M. SILVA (Ed. español), B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO (coords.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, L-H a Claus Roxin*, Barcelona, JM Bosch, 1995.

POLAÍNO-ORTS, Miguel. "Alegato a favor de un tratamiento jurídico penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad", *CPC* 82.

POMARES CINTAS, Esther. *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, Granada, Comares, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Tratamiento dogmático penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima de la situación de riesgo", *CPC*, 1991.

--, "La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad", en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: Libro Homenaje al prof. Dr. Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.

--, "Tema 19: El concepto jurídico de delito (I)", en J.M. ZUGALDÍA (Dir), *DP, PG*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

--, "Tema 20: El concepto jurídico de delito (II)", en J.M. ZUGALDÍA (Dir), *DP, PG*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

POSADA MAYA, Ricardo, “El dolo en el CP de 2000”, en POSADA MAYA, R. (coord.), *Temas de DP*, Bogotá, U. de los Andes/Temis, 2008.

PRATS CANUT/MARQUES I BANQUÉ, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6 ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

PREUB, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.

PUPPE, Ingeborg. *La Imputación objetiva*, Trad. P. García C., Granada, Comares, 2001.

--, “La justificación de la intervención médica curativa”, Trad. D. Felip i Saborit, en www.indret.com/pdf/404_es.pdf

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “Imprudencia en el ámbito hospitalario”, en P. CASTELLANO (Dir.) *La responsabilidad penal en las actividades de riesgo*, Madrid, CGPJ, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (con la colaboración de F. MORALES P.) *Parte general del Derecho penal*. 3 ed. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.

RAMOS MEJÍA, Enrique. “El derecho penal y la acción socialmente adecuada”, *NPP*, 1974

RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada, “Tema 26: Delitos de acción. La tipicidad (VI)”, en ZUGALDÍA (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, JM Bosch, 1999.

--, “Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva”. *Revista de derecho penal*, 2002-1.

--, *La ignorancia deliberada en Dp*, Barcelona, Atelier, 2007.

RECUERO SÁEZ, Paz/MELLADO RAMÍREZ, D./DE PUIG OLANO, Carmen, “La responsabilidad penal”, en DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (Dir.), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, 3 ed., Bogotá, Temis, 2005.

--, “Causalidad y explicación del resultado”, *Dp contemporáneo* 14, Enero-marzo, 2006.

--, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *DP contemporáneo* 21, octubre-diciembre 2007.

RIGHI, Esteban. “La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente”, en *Derecho penal contemporáneo*, Nro. 6, Enero-Marzo 2004.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Participación en el delito e imprudencia”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nro. 6, 2000.

--, *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003.

--, *Garantes y cómplices*, Barcelona, Atelier, 2007.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994

--, “Imprudencia”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Madrid, Civitas, 1995

--, “Problemas de responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “Caso de la Colza” (Primera parte)” en S.

MIR/DM. LUZÓN (Edits.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona, JM Bosch, 1996.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El autor mediato en Dp español”, *ADPCP*, 1969.

--, “Comentario al art. 14” (del CP de 1944), en CÓRDOBA RODA, J/RODRÍGUEZ MOURULLO, G./J.R. CASABÓ, *Comentarios al CP*, T.I, Barcelona, Ariel, 1972.

--, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.

--, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba, U. de Córdoba, 1992.

ROMEO CASABONA, Carlos. *El médico y el Derecho penal*, 1981.

--, “El consentimiento en las lesiones en el proyecto de CP de 1980”, *CPC*, 17, 1982.

--, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*. 3 reimp. Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Sanidad y consumo, 1990.

--, “Responsabilidad civil y responsabilidad penal de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas”, en *Responsabilidad civil y penal de los profesionales*, XXII Coloquio de Derecho Europeo, La laguna, 1993.

--, “Responsabilidad médico-sanitaria y sida”, (I), *Jano*, Vol. XLIV, Nro. 1024, 1993.

--, “Responsabilidad médico-sanitaria y sida”, (II), *Jano*, Vol. XLIV, Nro. 1032, 1993.

--, “Los testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre”, *Jano*, Vol. XLVIII, 1995.

--, “Ejercicio del derecho o profesión”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995.

--, “El derecho médico: su evolución en España”, en ROMEO CASABONA (coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998.

--, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en P Castellano (Dir). *La responsabilidad penal en las actividades de riesgo*, Madrid, CGPJ, 2002.

--, “La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional”, *Revista de derecho penal* 2002-2.

--, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004.

--, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada, Comares, 2005.

--, --, “El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente”.

ROMERO COLOMA, Aurelia Ma., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Madrid, Reus, 2006.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Granada, Comares, 2002.

ROVIRA, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*. Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Dp*, Trad. DM Luzón, Madrid, Reus, 1976.

--, --, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Dp”.

--, --, “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”.

--, --, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”.

--, *Política criminal y estructura de delito*, Trad. J. Bustos/H. Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992.

--, *Derecho penal, Parte general*, 3 ed. Trad. DM Luzón Peña/M.Díaz/J. De Vicente, Madrid, Civitas, 1997.

--, “La problemática de la imputación objetiva”, *CPC*, 39, 1989.

--, “Finalidad e imputación objetiva”, *CPC*, 40, 1990.

--, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Trad. de la 6 ed. alemana, Trads. J. Cuello/J.L. Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998.

--, “La prohibición de regreso en Dp”, Trad. M. Sancinetti, en W. NAUCKE, H. OTTO, G. JAKOBS, C. ROXIN, *La prohibición de regreso en Dp*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1998.

--, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, Trad. Ma. T. Castiñeira, en J.M. SILVA (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000.

--, “Acerca del fundamento penal de la participación”, en ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Trad. M. Abanto, Lima, Grijley, 2007.

ROYO-VILLANOVA Y MORALES, Ricardo. “Sobre el concepto y definición de la responsabilidad legal del médico”, *ADPCP* 1955.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. “El fin del derecho penal y las formas de imputación jurídico-penal”, en B. SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno de Dp: cuestiones fundamentales*, Trad. J.M. Silva, Madrid, Tecnos, 1991.

--, *Causalidad e imputación objetiva*, Trad. C. López D., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1998.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2002.

--, “La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa”, en R. POSADA M. (coord.), *Delito político, terrorismo y temas de DP*, Bogotá, U. de los Andes, 2010.

RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2011.

RUIZ VADILLO, Enrique “La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina”, *AP*, Nro. 27, 1994.

--, “La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestelistas)”, *Derecho y salud*, Vol. 3 nro. 1, enero-junio 1995.

RUSCONI, Maximiliano, “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, *Jueces para la democracia* 27, 1996.

--, *DP, PG*, 1 ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2007.

SACHER, Mariana. *La evolución del tipo subjetivo*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1998.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *La “codelinquencia” en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

--, “Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente” en L. MORILLAS C. (Dir.)/J.M. SUÁREZ (Coord.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson, 2009.

- SAMSON, Erich. *Cursos causales hipotéticos en el Dp*. Trad. M. Sancinetti/P. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- , "Reflexiones sobre la posible relevancia de los cursos causales hipotéticos en el derecho penal", en H-J ALBRECHT/U.SIEBER/J-M SIMON/ F. SCHWARZ (comps), *Criminalidad, evolución del DP y crítica al Dp en la actualidad*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2009.
- (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Ma. Del Pilar. "Imprudencia médica y de otros profesionales sanitarios. Acciones exigibles ante la responsabilidad por actuaciones sanitarias", *AP*, 1990.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G. *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, Comares, 2004
- , "Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado", *ADPCP*, 2005.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier/ABELLÁN, Fernando. *Derechos y deberes de los pacientes*, Granada, Comares, 2003.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- , "Caso Vinader", en P. SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, La ley, 2011.
- SCHLÜCHTER, *Strafrecht, AT*, 2 Auflage, Frankfurt, Euwi, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en Derecho penal" Trad. M Cancio/M. Pérez M., *ADPCP*, 1994
- , "Shortcomings of the classic concept of criminal liability for negligence in the contemporary society: new tendencies and prospects", en *Responsabilidad civil y penal de los profesionales*, XXII Coloquio de Derecho Europeo, La laguna, 1993.
- , "Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA", Trad. S. Mir, en S. MIR (coord.) *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, JM Bosch, 1993.
- , "La función de delimitación de injusto y culpabilidad", Trad. Carlos J. Suárez, en SCHÜNEMANN/ DE FIGUEIREDO (coords.); SILVA (Ed. español), *Fundamentos de un sistema europeo del DP*, Barcelona, JM Bosch, 1995.
- , *Temas actuales y permanentes del Dp después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- , --, "Consideraciones sobre la imputación objetiva", Trad. M. Sacher.
- , --, "De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo", Trad. M. Sacher.
- , "Sistema del derecho penal y victimodogmática", en Díez R., ROMEO C., GRACIA M., HIGUERA G. (eds), *La ciencia penal ante el nuevo siglo. LH al prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, reimp., Madrid, Tecnos, 2003.
- , "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", Trad. M. Sacher, *Revista de Derecho penal y criminología*, Nro. 75, 2004.
- , *¿El Derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos?*, Trad. Á. De la Torre, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2007.
- , "La deducción de los principios preventivo generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Dp", Trad. I. Molina, en A. CALLE C., (comp.), *El estado actual de las ciencias penales*, Bogotá, U. de Antioquia/Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2009

-- *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Trad. J. Cuello/J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 2009.

SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

--, "El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas", en J.C. CARBONELL (coord.) *Estudios penales en Homenaje al prof. Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther. *Los derechos del paciente*, Madrid, BOE, 2006.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. *Teoría del delito imprudente*, Madrid, Min. De Justicia, 1991.

SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación del injusto de la tentativa*. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2001.

--, *Conocimiento científico y fundamentos del Dp*, Bogotá, U. Santo Tomás, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. "Aberratio ictus e imputación objetiva", *ADPCP*, 1984.

--, "Acusación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros", *ADPCP*, 1987.

--, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, JM. Bosch, 1992.

--, "'Comisión' y 'omisión'. Criterios de distinción", en GIMBERNAT (Dir), *La comisión por omisión*, Madrid, CGPJ, 1994.

--, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión", en *Problemas específicos de la aplicación del CP*, CGPJ, Madrid, 1999.

--, "El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, J.M. Bosch, 1997

--, "Comentario al art. 11" en Comentarios al Código penal, T. I, M. COBO (Dir), Madrid, Edersa, 1999.

--, *Medicinas alternativas e imprudencia*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

--, "La responsabilidad penal por contagio hospitalario", en *Derecho y salud* 8, enero-junio 2000.

--, "La autoría delictiva en estructuras organizadas (en empresas, poderes públicos, organismos). Sobre la base de casos de jurisprudencia", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Dp*, Lima, Grijley, Instituto peruano de ciencias penales, 2001.

--, "Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", en J.WOLTER/G. FREUND, *El sistema integral del DP*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

--, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2007.

SOLA RECHE, Esteban. "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", *ADPCP*, 1994.

--, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Granada, Comares, 1996.

SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/ROMEO CASABONA. "La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español", en ROMEO CASABONA (Dir) *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, La Laguna, 1993.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan O./GALLEGO GARCÍA, Gloria Ma. "El dolo eventual en el CP colombiano", en *NFP* 60.

STRATENWERTH, Gunther. *Acción y resultado en Derecho penal*, Trad. M. Sancinetti/P. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

--, --, “Disvalor de acción y disvalor de resultado”.

--, --, “De la relevancia del disvalor de resultado en el Dp”

--, “L’individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo”, Trad. al italiano A. Castaldo, *Revista italiana di diritto e procedura penale*, 1986.

--, *Derecho penal, Parte general*, I, 4 ed., Trad. M. Cancio/M. Sancinetti, Madrid, Thomson/Aranzadi, 2005.

STRUENSEE, Eberhard. “El ontologismo en los normativistas”, en M. MORENO H. (coord.), *Problemas capitales del moderno Dp a principios del siglo XXI*, México, Cepolcrim, 2003.

STYMA, Dirk. “Culpa consciente y dolo eventual. El elemento volitivo del dolo. Sobre la vigilancia de animales peligrosos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en lo penal de la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho penal*, 2002-1.

SUÁREZ MONTES, Rodrigo F. *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, Publicaciones del Estudio general de Navarra, 1959.

--, *Las lesiones consentidas en el proyecto de Código penal de 1980*. Oviedo, U. de Oviedo, 1983.

TAMARIT, José. *La víctima en DP*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

--, “Comentario al art. 155”, en G. QUINTERO (Dir). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6 ed. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

TARODO SORIA, Salvador. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, U. del País Vasco, 2005.

TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo en la praxis médica*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Relación de causalidad, indicaciones para una actualización”, en *Estudios jurídicos en memoria del prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Segundo vol., Valencia, U. de Valencia, 1997

--, “El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo”, *ADPCP*, 1980.

--, “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, *ADPCP*, 1980.

--, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADPCP*, 1986.

--, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en CM ROMEO (Ed.) *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, U. de la Laguna/Comares, 1997.

--, “Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma”, en IGLESIAS PRADA, Juan L. (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, T. IV, Madrid, Civitas, 1996.

VASALLI, Giuliano. “Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento médico-quirúrgico”, Trad. R. Bergalli, *Nuevo pensamiento penal*, Año 2, Nro. 1, 1973.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Causalidad e imputación objetiva del nexo de causalidad”, en A. CALLE C. (comp.), *El estado actual de las ciencias penales*, Bogotá, U. de Antioquia/Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2009.

--, *DP, PG.*, 4 ed. Medellín, Comlibros, 2009

--, *Manual de DP, PG*, 4 ed., Bogotá, Eds. Jurídicas Andrés Morales, 2010.

VENTAS SASTRE, Rosa. “Imprudencia médica y derecho penal”, *CPC* 87.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2003.

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes”, *Revista Chilena de derecho*, vol. 26 Nro. 2, 1999

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 11 ed. (el libro anuncia ser trad. de la 12 ed.), 3 ed. castellana, Trad. J. Bustos/S. Yañez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

--, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, reimp., Trad. J. Cerezo, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2001

--, *Estudios de derecho penal*, Trad. Gustavo Aboso/Tea Löw, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2002.

--, -- “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”.

WOLTER, Jürgen. “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal”, Trad. F. Baldó, en J.M. SILVA (Ed. español), B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo de Dp, Libro-homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, JM Bosch, 1995.

--, “Causas constitucionales de exclusión del tipo”, en S. MIR/D-M. LUZÓN, (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Mac Graw Hill, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y salud*, vol 9, enero-junio 2001.

ZAFFARONI, Eugenio R. “Reflexiones sobre el Derecho penal ambiental”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

--, con la colaboración de R. Vanelli “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, en BUERES, A.J./ZAFFARONI, E.R. *Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho penal, Parte general*, 2 ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

--, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar/Temis, 2005.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Trad. M. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

--, *Dolo e imprudencia*, Trad. M. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M. “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos”, *ADPCP*, 1984.

ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). *DP, PG*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.